Die rechtliche Selbständigkeit der Ehefrau und der Kinder im Erwerbsleben

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Martin Luther-Universität Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Hans Nottebom
Referendar in Soest i. W.

Halle-Wittenberg 1934

Druck: Otto Rühmkorf, Dortmund, Heiligerweg 13.

Berichterstatter: Professor Dr. Boehmer.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

Teil I.

Die rechtliche Selbständigkeit der Ehefrau.

§ 1. Grundsätzliche Gleichberechtigung der Geschlechter im Erwerbsleben nach heutigem Recht 3

§ 2. Begriff der Arbeit im Sinne des § 1367 5

§ 3. Begriff des selbständigen Erwerbsgeschäftes
a) Erwerbsgeschäft, ... 7
b) Selbständigkeit des Betriebes 10

§ 4 Beteiligung an einer Gesellschaft als Betrieb eines selbständigen Erwerbsgeschäftes 13

§ 5. Der Erwerb im Sinne von § 1367 17

§ 6. Das Surrogationsprinzip nach § 1370 21

§ 7. Die Bedeutung des Vorbehaltsgutes für die Frau 24

§ 8. Die güterrechtliche Natur des Erwerbsgeschäftes, das die Ehefrau mit in die Ehe bringt 25
a) Dernburg'sche Ansicht, ... 26
b) herrschende Lehre 27

§ 9. Stellungnahme zu den beiden Ansichten.
a). zur herrschenden Lehre, ... 28
b). zur Dernburg'schen Ansicht 30

§ 10. Die Ansicht von Martin Wolff 32

§ 11. Stellungnahme zur Wolff'schen Ansicht 33

§ 12. Die güterrechtliche Natur des Erwerbsgeschäftes, das während der Ehe begründet wird 43
a) mit Vorbehaltsgut,
b) mit eingebrachtem Gut,
1) Geschäftsbetrieb mit Einwilligung des Mannes 44
2) Geschäftsbetrieb ohne Einwilligung des Mannes 50

§ 13. Zusammenfassung des Ergebnisses 50

Teil II.

Die rechtliche Selbständigkeit der Kinder.

§ 14. Die Stellung der Kinder zu ihrem Vater im Verhältnis zu der Stellung der Frau gegenüber ihrem Manne 51

§ 15. Die Sonderstellung der erwerbstätigen Minderjährigen 52

§ 16. Betrieb eines selbständigen Erwerbsgeschäftes 54

§ 17. Wesen der Ermächtigung 55

§ 18. Die Wirkung der Ermächtigung:
a) volle Geschäftsfähigkeit im Rahmen des § 112, ... 56
b) Ausschluß der Vertretungsmacht des Vaters 61

§ 19. Einschränkungen gemäß § 112, Abs. 2. BGB 62

§ 20. Bestimmung und Umfang des § 113 BGB 64

§ 21. Wesen und Wirkung der Ermächtigung 67
a) volle Geschäfts- und Prozeßfähigkeit,

§ 22. Das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Vaters 71

§ 23. Der Einfluß der Erwerbstätigkeit des Minderjährigen auf das Nutznießungsrecht des Vaters 72

§ 24. Der Einfluß der Erwerbstätigkeit des Minderjährigen auf das Verwaltungsrecht des Vaters, ... 74
a) innerhalb des § 112 BGB 76
b) innerhalb des § 113 BGB 77

Schlußbetrachtungen 78

Schrifttum.

Kommentare.

Hölder: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band I München 1900.

Loewenwarter: Lehrkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band I, 2. Aufl., Berlin 1926.

Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch. Allg. Teil. 3. Auflage, Berlin 1927.

Opet-Blume: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Familienrecht, Berlin 1906.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band I, 4. Aufl., Berlin 1913.

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band IV, 1. Hälfte, Berlin-Leipzig 1928.

Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Band I, Berlin 1899.

Reichsgerichtsräte: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band I, 4. Aufl., Berlin-Leipzig 1922.

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band IV, 7. Aufl., Berlin 1929.

Ritter: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 2. Aufl., München-Berlin 1932.

Rosenthal: Bürgerliches Gesetzbuch. 13. Aufl., Berlin 1931.

Schmidt: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band IV, Teil 1, München 1907.

Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch. Band I, 4. Aufl., Stuttgart 1929.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Band I, 9. Aufl., Berlin-Leipzig 1932.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band I, 9. Aufl., München-Berlin 1925.

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band IV, 1. Teil, 9. Aufl., München-Berlin 1926.

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band IV, 2. Teil, 9. Aufl., München-Berlin 1926.

Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band I, 2. Aufl., Tübingen 1930.

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band II, 2. Aufl., Tübingen 1930.

Lehrbücher.

Boehmer: Einführung in das Bürgerliche Recht. Leipzig 1932.

Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Band I, Teil 1. 7. Aufl., Jena 1921.

Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Band II, Teil 2, 7. und 8. Aufl., Jena 1924.

Lehrbuch des Handelsrechts. 7. Aufl. Stuttgart 1910.

Crome: System des Deutschen bürgerlichen Rechts. Band I. Tübingen-Leipzig 1900.
System des Deutschen bürgerlichen Rechts. Band IV. Tübingen 1908.
Dernburg: Das Bürgerliche Recht. Band I, 3. Aufl., Halle 1906.
Das Bürgerliche Recht. Band IV., 3. Aufl., Halle 1907.
Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch. Band I., 3. Aufl., Berlin-Leipzig 1930.
Ehrenberg: Handbuch des gesamten Handelsrechts. Band II, Teil 1, Leipzig 1918.
Handbuch des gesamten Handelsrechts. Band IV, Teil 1, Leipzig 1917.
Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Band I, 9. Aufl., Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Band II, Teil 2, 8. u. 9. Aufl., Berlin 1908.
Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Band I, 13. Aufl., Marburg 1931.
Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Band IV, 7. Aufl., Marburg 1931.
Festgabe der Berliner Fakultät für O. Gierke. Band II, Breslau 1910.
Festgabe der juristischen Fakultät zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts. Band III, Berlin-Leipzig 1929.
v. Gierke: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht. 2. Aufl. Berlin-Leipzig 1926.
Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Band III, Berlin 1921.
Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft. Band I, Handelsrecht, München-Leipzig 1921.
Kaskel: Arbeitsrecht in Encyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften, Berlin 1925.
Lehmann: Lehrbuch des Handelsrechts. Band I, 1. Hälfte, 3. Aufl., Berlin-Leipzig 1921.
Müller-Erzbach: Deutsches Handelsrecht. 2. u. 3. Aufl., Tübingen 1928.
Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht. Band II, Berlin 1929.
v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts. Band II, 1. Hälfte, München-Leipzig 1914.
Ullmann: Das gesetzliche eheliche Güterrecht in Deutschland. 2. Aufl., Berlin 1905.
Wieruszowski: Handbuch des Eherechts. Band II, Düsseldorf 1904.

Materialien.

Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches. Band I, Allgemeiner Teil. Berlin-Leipzig 1888.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band IV. Familienrecht. Berlin-Leipzig 1888.
Protokolle der Reichstagskommission. Band I, Allgemeiner Teil.

Protokolle der Reichstagskommission. Band IV, Familienrecht.
Verhandlungen des 33. deutschen Juristentages, S. 325 ff., Berlin-Leipzig 1925.
Verhandlungen des 36. deutschen Juristentages, Band I, 2. Lieferung, S. 540 ff., Berlin-Leipzig 1929.

Einzeldarstellungen:

Ahrends: Der Einfluß des ehelichen Güterrechts auf die Gestaltung der Vermögensverhältnisse einer Handelsfrau. Diss. Würzburg 1910.
Beck: Der Betrieb eines Erwerbsgeschäftes durch die Ehefrau. Diss. Heidelberg 1912.
Benkendorff: Der Betrieb eines Erwerbsgeschäftes durch eine Ehefrau. Diss. Jena 1910.
Bergemann: Dienst- und Arbeitsverhältnisse Minderjähriger. Diss. Tübingen 1918.
Bestgen: Rechtsstellung einer Ehefrau, welche selbständig ein Erwerbsgeschäft betreibt. Halle 1902.
Bock: Der Minderjährige als selbständiger Kaufmann nach geltendem Recht. Diss. Erlangen 1915.
Delree: Der selbständige Betrieb eines Erwerbsgeschäftes durch einen Minderjährigen. Diss. Rostock 1912.
Dünner: Die rechtliche Stellung des minderjährigen Kaufmanns. Diss. Heidelberg 1907.
Grünefeld: Die Ehefrau als Handelsfrau. Diss. Leipzig 1913.
Hörle: Unbeschränkte Geschäftsfähigkeit jugendlicher Arbeiter. Lohnzahlung und Lohnersparnis.
Klinsmann: Der Minderjährige als selbständiger Kaufmann. Diss. Leipzig 1907.
Kurtenbach: Der gesetzliche Schutz der gewerblich tätigen Minderjährigen. Diss. Leipzig 1919.
Lenz: Die rechtliche Stellung des minderjährigen Kaufmanns. Diss. Greifswald 1903.
Michalski: Die Stellung des Handelsgeschäfts der Ehefrau im Gesetzlichen Güterstand. Diss. Göttingen 1914.
Oehme: Selbständiger Betrieb eines Erwerbsgeschäftes durch einen Minderjährigen. Diss. Leipzig 1909.
Oppikofer: Das Unternehmensrecht in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung. Tübingen 1927.
Patz: Die rechtliche Stellung der im gesetzlichen Güterstand lebenden Handelsfrau. Diss. Leipzig 1908.
Pisko: Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs. Wien 1907.
Rahn: Die Stellung Minderjähriger nach § 112 BGB. Diss. Jena 1911.
Ränsch: Der ein Erwerbsgeschäft selbständig betreibende Minderjährige. Diss. Leipzig 1913.

Rehbock: Die Stellung der Handelsfrau im deutschen Eherecht. Diss. Greifswald 1929.
Schnatenberg: Die rechtliche Stellung der im gesetzlichen Güterstand lebenden Ehefrau im Geschäftleben. Diss. Erlangen 1930.
Wieland: Handelsrecht. Bd. 1, München-Leipzig 1921.

Entscheidungen und Zeitschriften.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen:

38 S. 20; 51 S. 35; 56 S. 209;
58 S. 28 ff.; 59 S. 29 ff.; 63 S. 57;
64 S. 157; 67 S. 86 ff.; 70 S. 22, 224;
72 S. 166 ff.; 74 S. 235; 79 S. 57;
82 S. 102; 84 S. 87 f.; 87 S. 102 f.;
90 S. 68 f.; 92 S. 137, 142; 96 S. 97 f.;
127 S. 114 f.; 102 S. 225; 135 S. 40;

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen: 35 S. 395 ff.

Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts: (Bensheimer Sammlung)

Band 2 Nr. 45 S. 149; Nr. 70 S. 198 ff.;
Band 4 Nr. 25 S. 87; Nr. 34 S. 119;
Band 5 Nr. 81;
Band 10 Nr. 38 S. 149;
Band 11 Nr. 107 S. 458;
Band 12 Nr. 1 S. 1 ff.;

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte:

4 S. 243; 9 S. 150 ff.; 18 S. 258;
21 S. 290; 26 S. 263; 30 S. 43 f.;
32 S. 4; 34 S. 249; 37 S. 122, 342;
38 S. 245.

Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts: Bd. 37 A. S. 39 ff.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte: Band 67 Nr. 160.

Juristische Wochenschrift:

1902 S. 51 ff.; (Ullmann), 1908 S. 484;
1911 S. 634; 1912 S. 32;
1914 S. 147; 1915 S. 1009;
1917 S. 711; 1921 S. 393;
1924 S. 1016 ff.; 1925 S. 309;
1928 S. 1672; 1930 S. 427.

Deutsche Juristenzeitung:

1902 S. 465 ff. (Dernburg); 1903 S. 125;
1904 S. 213, 817; 1905 S. 739 ff.;
1922 S. 601 ff. (Schefold)

Das Recht:

1908 S. 32; 1909 S. 570; 1913 S. 247;
1916 N. 471; 1920 Nr. 1901; 1930 Nr. 374.
1923 Nr. 573; 1924 Nr. 1678;

Leipziger Zeitschrift:

1907 S. 472 ff., 561 ff. (Ullmann); 1908 S. 573;
1909 S. 599 f.; 1910 S. 1 ff;
1915 S. 1304; 1916 S. 1488;
1922 S. 650 ff.

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht:

Band 52 S. 491 ff. (Zschimmer); Band 61 S. 357;
Band 64 S. 530 ff.; Band 70 S. 80 ff.;
Band 71 S. 417 ff; Band 94 S. 1 ff.

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.

1904 S. 1 ff. (Pfäfflin); Band 62 S. 289 ff.
Band 68 S. 78 f.

Ihrings Jahrbücher.

Band 48 S. 439 ff.; Band 67 S. 81 f; S. 160 ff.

Archiv für die zivilistische Praxis:

91 S. 1 ff., 143 ff.; 94 S. 308 ff. (Schefold).
98 S. 375 ff.; 99 S. 237 ff.;
101 S. 312 ff. (Thiele). 129 S. 106 ff. (Ruth).

Einleitung.

In den letzten Jahren sind die Grundlagen unseres herrschenden Familienrechts strenger Kritik ausgesetzt gewesen, und oft wurde der Ruf nach weitgehenden Reformen laut. Besonders stark angegriffen worden ist die rechtliche Stellung der im Erwerbsleben tätigen Ehefrau, was insbesondere auf den Verhandlungen des 33. und des 36. Deutschen Juristentages (Seite 325 ff. bezw. 540 ff) zum Ausdruck gekommen ist.

Die fortschreitende Industrialisierung und die damit verbundene Einführung von Maschinen brachten es mit sich, daß viele Arbeiter als entbehrlich aus ihrem bisherigen Betätigungskreis verdrängt wurden. Dadurch wieder entstand eine große Konkurrenz der Arbeitsuchenden, die naturgemäß ein starkes Sinken der Löhne zur Folge hatte, und zwar derart, daß in vielen Arbeiterfamilien der verdiente Lohn kaum für den nötigen Lebensunterhalt der Familie ausreichte. Diese wirtschaftliche Notlage zwang viele Arbeiterfrauen, aus ihrem ureigensten Berufe der Gattin und Mutter herauszutreten und auch ihrerseits durch eigene selbständige erwerbende Tätigkeit einen Teil zum Unterhalt der Familie beizutragen. Der Krieg mit seinen furchtbaren Begleiterscheinungen und Nachwirkungen, insbesondere die Inflation und die Arbeitslosigkeit, haben die sozialen und wirtschaftlichen Schichtungen so vollkommen verlagert, daß der außerhäusliche Beruf als Erwerbsarbeit auch der Ehefrau für die weitesten Kreise zur Notwendigkeit wurde, um durch ihre Arbeit eine Existenzmöglichkeit für ihre Familie zu schaffen, die der Ehemann allein nicht bieten konnte. Bei der Berufszählung 1882 wurden neben 11 392 000 erwerbstätigen Männern 4 954 000 erwerbstätige Frauen gezählt. 1907 standen 16 665 000 Männern schon 8 501 000 Frauen gegenüber und 1925 war bei 20 531 000 Männern die Zahl der erwerbstätigen Frauen auf 11 847 000 gestiegen, wovon etwa ein Drittel Ehefrauen waren.

Die Bestrebungen im heutigen Deutschland gehen zwar dahin, die Ehefrau aus dem Arbeitsprozeß herauszuziehen und sie wieder ihrem eigentlichen Beruf als Hausfrau und Mutter zuzuführen. Dadurch soll aber keineswegs der Frau das Recht auf Arbeit verwehrt werden. Auch in Zukunft wird noch manche Ehefrau ihre körperlichen und geistigen Kräfte zu Erwerbszwecken benutzen, wenn ihre Zahl vielleicht auch nicht so stark sein wird, wie in den vergangenen Jahren der wirtschaftlichen Not.

Was für die Frauen gilt, trifft in gleichem Maße für die Kinder zu. Auch sie nehmen heute einen großen Prozentsatz im Kreise der Erwerbstätigen ein. Mit frühen Jahren aus der Schule ent-

lassen, gilt die erste Sorge, sich auf den späteren Beruf vorzubereiten. Vielfach wird es aber dem Vater — insbesondere in den Arbeiterkreisen — nicht möglich sein, dem Kinde eine besondere Ausbildungszeit, die zumeist ohne Vergütung geschieht, zukommen zu lassen. Das Kind ist gezwungen, den Vater in seiner Unterhaltungspflicht zu entlasten, es muß sich also möglichst bald nach einer Erwerbsmöglichkeit umsehen.

Beide, die Ehefrau wie die Kinder, haben ungeachtet aller Familienbande und Familienpflichten ein berechtigtes Interesse daran, in ihrer Erwerbstätigkeit möglichst selbständig gestellt zu sein, ohne durch das eheliche Güterecht bezw. das väterliche Sorgerecht allzu stark beschränkt zu werden.

Aufgabe dieser Arbeit soll es sein zu untersuchen, inwieweit das herrschende Familienrecht diesem Interesse der Ehefrau und der Kinder entgegengekommen ist. Es gilt insbesondere die Frage zu beantworten, ob das Gesetz einen Ausgleich geschaffen hat zwischen dem Interesse der Frau und der Kinder an einem gewissen Maße rechtlicher und wirtschaftlicher Bewegungsfreiheit einerseits und dem im Wesen der Familie begründeten Gemeinschaftsgedanken und der damit verbundenen Unterordnung der Frau und der Kinder unter den Mann und Vater als Oberhaupt der Familie andererseits.

Bei der Behandlung dieser Fragen soll bezüglich der Stellung der Ehefrau der gesetzliche Güterstand der Verwaltung und Nutznießung als Grundlage dienen, während bei der Behandlung der Stellung der Kinder davon ausgegangen werden soll, daß sie unter der Gewalt des Vaters stehen.

Teil I.

Die rechtliche Selbständigkeit der Ehefrau.

§ 1.

Grundsätzliche Gleichberechtigung der Geschlechter im Erwerbsleben nach heutigem Recht.

Im Gegensatz zum römischen und früheren deutschen Recht geht unser BGB. von der Gleichberechtigung der Geschlechter im Erwerbsleben aus. Mit dieser Gleichstellung der Frau gegenüber dem Mann zog das Gesetz nur die Folge aus einer sozialen und wirtschaftlichen Notwendigkeit.

Die Frau der Gegenwart greift in viel größerem Maße in den freien Konkurrenzkampf des Lebens ein, als ihre Geschlechtsgenossin von früher. Ueber den engen Beschäftigungskreis der Häuslichkeit hinaus hat die Frau ihre geistigen und körperlichen Kräfte erfolgreich in den Dienst der Oeffentlichkeit gestellt. Dadurch genießt sie heute eine ganz andere, im früheren Rechte kaum gekannte Wertschätzung, wonach jede Arbeitskraft ohne Unterschied, woher sie kommt, Anspruch auf Betätigung und Lohn hat. Es wäre daher auch nicht zu verstehen gewesen, wenn das BGB. — wie seine Vorgänger — einen Unterschied zwischen den Geschlechtern inbezug auf die Erwerbstätigkeit gemacht hätte. Das Gesetz hat die Gleichberechtigung der Geschlechter gar nicht ausdrücklich erwähnt. Die Frau kann sich somit für den Umfang des Erwerbslebens unbeschränkt durch Verträge verpflichten, ist also imstande, jede Erwerbstätigkeit auszuüben, da sie ja in der Geschäfts- und Prozeßfähigkeit in keiner Weise beschränkt ist. In der Wahl ihrer Erwerbstätigkeit ist sie vollkommen frei und an keinerlei Zustimmung von irgendeiner Seite gebunden.

Diese völlige Unabhängigkeit gilt natürlich nur für die Frauen, die bereits volljährig sind. Solange sie das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, auch nicht für volljährig erklärt worden sind, gelten die Vorschriften der §§ 104 ff. BGB.

In ihrer unbeschränkten Geschäftsfähigkeit und der freien Wahl ihrer Betätigung erleidet die Frau auch keinerlei Einbuße, wenn sie eine Ehe eingeht. Der Gesetzgeber geht von der rechtlichen Freiheit der Ehefrau aus, ihre persönlichen Fähigkeiten zu entwickeln und wirtschaftlich zu verwerten.

Es ist daher der Ehefrau möglich, ein Gewerbe irgendwelcher Art zu betreiben. Denn die Grundlage eines jeden Gewerbebetriebs ist das Abschließen von Rechtsgeschäften, und hierin ist die Ehefrau in keiner Weise mehr beschränkt. Dieser Grundsatz ist zwar im BGB.

nirgend ausgesprochen, jedoch ergibt er sich mittelbar aus § 1399 Abs. 1 in Verbindung mit § 1439 BGB. Durch alle von ihr geschlossenen Rechtsgeschäfte wird die Ehefrau ohne Rücksicht auf die Zustimmung des Ehemannes verpflichtet (§§ 1399 Abs. 1, 1439, 1525 Abs. 2 BGB.).

Das Prinzip des geltenden Rechts, die Frau dem Manne im Erwerbsleben vollkommen gleichzustellen, konnte aber mit Rücksicht auf den Zweck der Ehe keine ganz schrankenlose Durchführung erfahren. Wenn das Gesetz an die Eingehung der Ehe, die für jeden der Beteiligten ein Akt freiwilliger Entschließung ist, rechtsbeschränkende Wirkungen für die Frau knüpfte, so trug es damit nur dem geltenden Rechtsgrundsatz des staatlichen Schutzes der Ehe (favor matrimonii) Rechnung. Natürliche wie kulturhistorische und soziale Gründe sprechen dafür, daß in der Gemeinschaft des ehelichen Lebens der übergeordnete Wille des Mannes anerkannt werden muß. Deshalb hat das Gesetz auch die Entscheidung in allen wichtigen Angelegenheiten dem Manne überlassen (§ 1354 BGB.). Diese Stellung schuf man aus der Erwägung heraus, daß der Mann es ist, der den Unterhalt für die Familie beschafft, während sich die Tätigkeit der Frau in der Hauptsache auf den Haushalt beschränkt. Die „Vormachtstellung" des Mannes brachte es mit sich, daß die Frau sich im Vergleich zu ihren unverheirateten Geschlechtsgenossinnen gewisse Einschränkungen in ihrer Stellung gefallen lassen mußte, die teils in der eheherrlichen Gewalt des Mannes, — also auf personenrechtlichem Gebiet — teils in der durch die Ehe geschaffenen besonderen güterrechtlichen Stellung der verheirateten Frau — also auf vermögensrechtlichem Gebiet — ihren Grund haben. Soweit diese Beschränkungen auf personenrechtlichem Gebiete liegen, sind sie für die vorliegenden Betrachtungen ohne Bedeutung, und bedarf es außer dieses Hinweises keiner weiteren Ausführungen. Dagegen sind die auf vermögensrechtlichem Gebiet liegenden Beschränkungen, die der gesetzliche Güterstand der Ehefrau auferlegt, gerade für die vorliegende Arbeit von großer Bedeutung. Es handelt sich hierbei nicht um Beschränkungen der Geschäftsfähigkeit, die ihren Grund in einem Mangel persönlicher Selbständigkeit der Frau haben würden, sondern um rechtliche Hindernisse der freien Verfügung über Vermögenswerte, die mit dem Nutznießungs- und Verwaltungsrecht des Ehemanns belastet sind (vgl. Mot. IV. S. 225; Prot. IV. S. 140).

Die Frage, inwieweit die erwerbstätige Ehefrau gegenüber den unverheirateten Frauen gewisse Beschränkungen ihrer rechtlichen Stellung erfahren hat, wird uns nun in den folgenden Betrachtungen beschäftigen. Ausgangspunkt hierbei ist die Bestimmung des § 1367, die der erwerbstätigen Frau den Erwerb aus Arbeit und Geschäftsbetrieb zuweist und ihn ihr auch ohne Einschränkung beläßt. Durch diese gesetzliche Regelung ist die Erwerbsfrau als vollberechtigte Genossin neben ihren Ehemann gestellt (Endemann Bd. II § 175 S. 343). Anhand dieses § 1367 gilt es nunmehr zu prüfen, welche erwerbstätigen Frauen unter diese Sonderregelung fallen und weiter.

inwieweit ihnen eine wirtschaftliche Selbständigkeit und Bewegungsfreiheit gewährleistet wird.

Wenn man bei diesen Untersuchungen zu einer gerechten Lösung für die Ehefrau kommen will, muß man sich bei Zweifeln und Bedenken, die man aus dem Gesetz entnehmen zu müssen glaubt, immer den nachfolgenden Grundsatz vor Augen führen: Dem Ziele des Gesetzgebers, die erwerbstätige Ehefrau in güterrechtlicher Beziehung möglichst unabhängig zu stellen, muß Rechtsprechung und Schrifttum mehr noch, als bisher vielfach geschehen, Rechnung tragen. Wo der Wortlaut des Gesetzes eine Klarstellung des gesetzgeberischen Willens durch Auslegung erfordert, oder wo es gilt, eine im Gesetz befindliche Lücke auszufüllen, da müssen die güterrechtlichen Bestimmungen stets unter dem Gesichtspunkt ausgelegt oder ausgefüllt werden, der selbständigen erwerbenden Frau möglichst weitgehende vermögensrechtliche Unabhängigkeit vom Manne einzuräumen, um ihr das wirtschaftliche Fortkommen zu ermöglichen bezw. zu erleichtern.

Die im § 1367 bezeichneten Erwerbsquellen sind einmal die persönliche Arbeit und dann der selbständige Betrieb eines Erwerbsgeschäftes. Als eigene Erwerbsquellen der Frau stehen sie im Gegensatz zu der Tätigkeit, die sie innerhalb des Pflichtenkreises des § 1356 für das Hauswesen und das Geschäft des Mannes entfaltet. Beide Begriffe — Arbeit und Erwerbsgeschäft — sind eng miteinander verbunden und greifen vielfach ineinander über (Thiele Arch. f. ziv. Praxis Bd. 101, S. 312). Trotzdem ist die Frage, ob Arbeitsleistung oder selbständiger Betrieb eines Erwerbsgeschäftes vorliegt, nicht ganz bedeutungslos, da der Gesetzgeber sie nicht gleich behandelt. Einmal gibt es in der ZPO. wie im BGB. verschiedene Bestimmungen, in welchen die beiden Begriffe nicht nebeneinander genannt sind: § 1405 BGB., § 741 ZPO., sodann sind beim Erwerb durch Arbeit die rechtsgeschäftlichen Erwerbungen, die die Frau zur Durchführung ihrer Arbeit macht, stets ausgeschlossen — unter „Erwerb durch Arbeit" versteht das Gesetz eben nur den Vermögenszuwachs, dessen Erlangung in ursächlichem Zusammenhang mit der Arbeitsleistung steht —, während beim Betriebe eines Erwerbsgeschäftes der durch Rechtsgeschäft vermittelte Erwerb mit umfaßt wird.

§ 2.

Begriff der Arbeit im Sinne des § 1367.

Unter Arbeit im Sinne von § 1367 kann nur eine rein persönliche Tätigkeit verstanden werden. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Gesetzes: „Durch *ihre* Arbeit." (Ullmann S. 16; Wieruszowski Band II, S. 244; Thiele a. a. O. S. 317). Dieser Begriff der persönlichen Tätigkeit schließt aber nicht aus, daß die Frau sich von anderen, insbesondere ihren Kindern, helfen läßt, sofern diese Hilfe nicht über das Maß einer Unterstützung in untergeordnetem Sinne hinausgeht. Arbeit aber als Erwerbsquelle betrachtet ist mehr als bloße Tätigkeitsentfaltung, sie ist wirtschaftlich wertvolle Tätig-

keit, d. h. zielbewußte menschliche Kraftäußerung, gerichtet auf einen die Befriedigung menschlicher Bedürfnisse unmittelbar bezweckenden Erfolg. Die Arbeit des § 1367 umfaßt jede wirtschaftlich wertvolle Tätigkeit, gleichgültig, ob sie geistig oder mechanisch betrieben wird. Sie ergreift sowohl den Fall, in dem die Ehefrau in der Absicht tätig wird, die Tätigkeit zu einer dauernden und ständigen Gewinnquelle zu machen, als auch den Fall, in dem sich die Betätigung lediglich auf eine einzelne, gelegentliche Arbeit (z. B. Aushilfsarbeit, Botengang) beschränkt. (Ullmann S. 16; Dernburg § 40, S. 142; Staudinger § 1367 Anm. 2.).

Deshalb ist die Auffassung zu eng, die eine Absicht der Frau verlangt, sich eine dauernde Erwerbsquelle aus ihrer Arbeitstätigkeit zu erschließen. Zu eng aber ist auch die Ansicht, die die Arbeit als einmalige oder gelegentliche Tätigkeit zum Zwecke von Erwerb ohne die Absicht, diese Tätigkeit zu einer dauernden Quelle des Gewinns zu machen, definiert. (So Wieruszowski Band II, S. 242, Hölder Band IV zu § 1367, Planck § 1367 Anm. 2a.). Eine solche Dauerabsicht macht die „Arbeit" nicht etwa zu einem Erwerbsgeschäft, wie es von diesen Schriftstellern angenommen wird. Der Unterschied zwischen „Arbeit" und „Erwerbsgeschäft" liegt auf einem ganz anderen Gebiete, wie später in anderem Zusammenhang noch näher dargelegt werden soll. Durch die gegenteilige Auffassung würde die Bedeutung der „Arbeit" auf geringe Fälle beschränkt, was bestimmt nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen hat. Zudem würden sich recht eigenartige Konsequenzen aus dieser Auffassung ergeben. Eine Aufwartefrau oder Fabrikarbeiterin würde, wenn ihre Absicht auf dauernden Erwerb gerichtet ist, — und das ist wohl in den meisten Fällen so — ein Erwerbsgeschäft betreiben. Hiergegen spricht schon der Sprachgebrauch des Gesetzes und die allgemeine Verkehrsanschauung.

Demnach ergibt sich, daß man die „Arbeit" des § 1367 anzusehen hat als eine Handlung oder eine Summe von solchen, die eine selbständige, persönliche, körperliche oder geistige Tätigkeit zur Erzeugung wirtschaftlicher Werte darstellen gleichgültig, ob sie mit der Absicht verbunden sind, dauernden und ständigen Erwerb davon zu haben, oder ob die Arbeit und ihr Erfolg nur vorübergehender Natur sind.

Es fällt also hierher die Tätigkeit der verschiedensten Stände: Fabrikarbeiterin, Tagelöhnerin, Arbeiterin für Bedürfnisse eines fremden Haushalts (Aufwärterin, Hausangestellte, Wäscherin, Näherin, usw.), aber auch die Tätigkeit als Lehrerin, Aerztin, Schriftstellerin, Künstlerin jeder Art und insbesondere als Angestellte im öffentlichen oder privaten Dienst. (Mot. Band IV. S. 167; 174; Dernburg § 40 S. 142; Staudinger § 1367 Anm. 2). Die letzteren betreiben nicht etwa ein Erwerbsgeschäft, wie es die herrschende Ansicht annimmt. Sie stellen lediglich ihre körperlichen oder geistigen Kräfte in den Dienst ihrer Tätigkeit, während bei einem Erwerbsgeschäft dem Zusammenwirken von Arbeit und Kapital eine besondere Be-

deutung zukommt, worauf bei der Erörterung des Erwerbsgeschäfts noch näher eingegangen werden wird. Soweit aber diese Personen ihre persönliche Tätigkeit mit einem Geschäftsunternehmen verbinden, z. B. eine Aerztin eine Privatkrankenanstalt oder eine Lehrerin eine Privatschule betreibt, kann ein Erwerbsgeschäft vorliegen, wenn die Merkmale eines solchen gegeben sind.

Mit den unter diese Kategorie fallenden Frauen, den „Arbeitsfrauen", hat das Gesetz aber erst einen Teil der im Erwerbsleben stehenden Frauen erfaßt und ihnen eine Sonderstellung eingeräumt. Um aber auch dem übrigen Teil der erwerbstätigen Frauen die Sonderregelung des § 1367 teilhaftig werden zu lassen, dehnt der Gesetzgeber diese Bestimmung auch auf die ein „selbständiges Erwerbsgeschäft betreibenden" Frauen, die „Geschäftsfrauen", aus.

§ 3.

Begriff des selbständigen Erwerbsgeschäftes.

a) Erwerbsgeschäft.

Von einem Erwerbsgeschäft redet man in verschiedenem Sinne. Man versteht einmal darunter die Summe derjenigen Vermögensgegenstände, die zum Betriebe des Geschäfts dienen (Vorräte, Einrichtungen, Warenlager), dann aber auch die Summe der Rechtsgeschäfte, die zum Betriebe des Geschäfts vorgenommen werden, durch die es sich als einheitliches, geschlossenes „Geschäft" kennzeichnet. Schließlich versteht man darunter beides, die Vermögensgegenstände und das Betriebsgeschäft zusammen.

Ein Erwerbsgeschäft im Sinne von § 1367 setzt einmal voraus, daß ein Geschäft vorliegt, d. h. ein Unternehmen, das in äußerlich erkennbarer Form hervortritt und in geschäftlichen Beziehungen zum Publikum steht. Dies entspricht dem Sprachgebrauch, der als Erwerbsgeschäft nur ein mit dem Publikum in Beziehung stehendes Unternehmen bezeichnet, wie auch der Verkehrsauffassung. Der Verkehr „erkennt eine Erwerbstätigkeit, die, um es kurz auszudrücken, nicht am Markte ist, als Geschäftsbetrieb nicht an" (Wierusz. Band II S. 249; Lpzg. Zeitschr. 07 S. 165).

Es muß ferner eine ganze Reihe von Geschäften und Arbeiten, die dazu dienen, die Mittel der Bedürfnisbefriedigung in irgendeiner Weise zu vermehren oder zu verbessern, beabsichtigt sein. Wesentlich ist also, daß der Wille der Frau nicht durch die zufällige Gelegenheit zur vorteilhaften Vornahme der Tätigkeit bestimmt wird, und daß nicht eine einzelne bestimmte Tätigkeit beabsichtigt ist, sondern daß der Wille von vornherein auf eine zusammenhängende Reihe von Tätigkeiten gerichtet ist, die infolge des einheitlichen Willensentschlusses und der sie beherrschenden Erwerbsabsicht eine Unternehmung, eben das Geschäft im juristischen Sinne bildet (Späte S. 16). Ob diese dauernde, wiederholte Tätigkeit tatsächlich ausgeübt wird, ist für das Wesen des Erwerbsgeschäfts ohne Bedeutung, wenn nur

ein Komplex von Tätigkeiten beabsichtigt war und auch damit in erkennbarer Form begonnen worden ist. Erzeugung und Bearbeitung von Gegenständen fallen ebenso unter diese Tätigkeit, wie deren Umänderung und Umgestaltung. Aber nicht schon die häufige Ausnutzung einzelner, wenn auch gleich gearteter Erwerbsgelegenheiten stellt den Tatbestand des Geschäftsbetriebes dar. Erst die in der Erwerbstätigkeit sich offenbarende Absicht, dieser Tätigkeit den Bestand einer regelmäßigen Einkommensquelle zu geben, schließt die einzelnen Erwerbshandlungen zum Ganzen eines Geschäftsbetriebes zusammen. (RG. 38, S. 20). Auch hier ist lediglich die Absicht entscheidend. Ob tatsächlich Gewinn erzielt wird, ist rechtlich bedeutungslos. Wesentlich für den Begriff des Erwerbsgeschäfts ist fernerhin — und damit kommen wir zu dem Hauptunterschied zwischen Arbeit und Erwerbsgeschäft — das Vorhandensein von Kapital. Während bei der Arbeit die persönliche Tätigkeit im Vordergrund steht, ist diese beim Erwerbsgeschäft von minderer Bedeutung, dafür spielt das Kapital eine bedeutsame Rolle. Dem Erwerbsgeschäft ist eine gewisse Verbindung von Kapital und persönlicher Tätigkeit des Inhabers wesentlich. Eine kapitalistische Basis, mag sie auch noch so gering sein, muß zum Begriff eines Erwerbsgeschäfts verlangt werden. Die herrschende Ansicht geht allerdings auf dieses Erfordernis des Kapitals nicht näher ein, verneint sogar ein solches vielfach. Aber allein der Wortlaut des Gesetzes spricht gegen diese Auffassung. Die vom Gesetzgeber gebrauchten Worte wie „betreiben" und „Erwerbsgeschäft" weisen auf eine gewisse Kapitalsgrundlage hin. Auch der allgemeine Sprachgebrauch spricht für das Erfordernis eines gewissen Kapitals. Schließlich setzt die zum Betriebe eines Geschäfts notwendig erforderliche Organisation ihrerseits wieder Mittel zum Organisieren voraus (Ullmann S. 17; Opet-Blume § 1367; Hölder § 1367 Anm. 2e). Unerheblich ist, ob das betreffende Geschäft mit eigenem oder fremdem Kapital (z. B. Barkredit) betrieben wird. Es mag zugegeben werden, daß auch manche Geschäftsunternehmen ohne Kapital gegründet werden, indem der Unternehmer die zum Geschäftsbetriebe erforderlichen Waren und sonstigen Gegenstände auf Kredit anschafft. Diese Fälle dürfen aber nicht dazu verleiten, das Erfordernis einer kapitalistischen Grundlage abzulehnen. Derartige Geschäftsgründungen mögen vielleicht in wirtschaftlichen Notzeiten nicht ganz selten sein, für normale, gesunde Wirtschaftszeiten — und nur diese sind bei unseren Betrachtungen zugrunde zu legen — bilden sie jedenfalls die Ausnahme. Abgesehen davon wird sich der Warenlieferant wohl in den meisten Fällen durch entsprechende Eigentumsvorbehalte und weiter durch dingliche Rechte an dem Verkaufserlös gesichert haben. Es erscheint aber recht zweifelhaft, ob man in diesen Fällen, in denen dem Geschäftsunternehmer selbst kein Eigentumsrecht an den Einrichtungsgegenständen und an dem durch Verkauf der Waren erzielten Erlös zusteht, noch von einem selbständigen Erwerbsgeschäft i. S. des § 1367 sprechen kann. Jedenfalls wird der Unternehmer auf das schnellste danach

trachten, sich von dieser Abhängigkeit von seinem Lieferanten freizumachen, um eigener Herr seines Geschäfts zu werden. Dazu bedarf es aber eines gewissen Kapitals.

Indem die herrschende Lehre (Wierusz. Band II S. 244; Planck § 1367 Anm. 2a; RGRK. § 1367 Anm. 2) das Erfordernis einer kapitalistischen Grundlage verneint und unter Erwerbsgeschäft einfach die regelmäßige auf Erwerb als dauernde Gewinnquelle gerichtete Tätigkeit versteht, faßt sie den Begriff eines „Erwerbsgeschäftes" bedeutend weiter und den der „Arbeit" dementsprechend enger. Sie läßt folgerichtig auch alle die Arbeitsleistungen, die in der Absicht geleistet werden, sie als dauernde Einnahmequelle zu benutzen, unter den Begriff des Erwerbsgeschäfts fallen. Es ist bereits oben bei der Auseinandersetzung des Begriffs Arbeit dargelegt (vgl. S. 11), daß solche rein persönliche Tätigkeit, auch wenn sie auf Dauer und Gewinnerzielung berechnet ist, trotzdem Arbeit im Sinne von § 1367 bleibt und nicht etwa zum Erwerbsgeschäft wird. Es ist auch bereits bei diesen Darlegungen auf die recht eigenartigen Konsequenzen hingewiesen, die eine Entscheidung im letzteren Sinne nach sich ziehen muß. Bei derartigen im Abhängigkeitsverhältnis geleisteten rein persönlichen Diensten oder Arbeiten fehlt es an jedem Merkmal, das einem Erwerbsgeschäft eigentümlich ist. Dem sich Verdingenden mangelt es an einer eigenen Betriebsstätte, an einem Geschäftslokal, er hat kein Betriebskapital, tritt in keinerlei Beziehung zum Publikum und trägt kein Risiko. Diese Merkmale sind aber gerade das Charakteristikum für ein Erwerbsgeschäft. Wenn man — wie hier — das Erfordernis des Vorliegens von Kapital bejaht, dann wird man auch leicht zu einer scharfen Abgrenzung zwischen Arbeit und Erwerbsgeschäft kommen. Arbeitserwerb beruht allein auf der persönlichen Tätigkeit, der Erwerb eines Erwerbsgeschäftes hingegen auf einem Zusammenwirken von Arbeit und Kapital. Die herrschende Lehre gibt selbst zu, daß bei ihrer Unterscheidung zwischen Arbeit und Erwerbsgeschäft eine scharfe Trennung dieser beiden Begriffe nicht möglich ist.

Vielfach wird von den Gegnern dieser Ansicht auch eingewendet, daß durch diese weite Auslegung des Begriffs Erwerbsgeschäft einem großen Teil der erwerbstätigen Frauen die Möglichkeit genommen würde, von der Sonderregelung des § 1405 Gebrauch zu machen. Hiergegen ist zu sagen, daß das Gesetz durch § 1405 nur den Frauen Erleichterung hinsichtlich ihrers Geschäftsbetriebes verschaffen wollte, die tatsächlich ein Geschäft in dem hier zugrunde gelegten Sinne betreiben. Die Ausdehnung dieser Vorteile auf die Arbeiterin, Beamtin, usw. erscheint aber nicht notwendig. Bei diesen Personen fehlt ein Geschäftsbetrieb vollkommen, sie betätigen im wirtschaftlichen Erwerbsleben allein ihre Körper- und Geisteskräfte ohne Verbindung mit irgendwelchem Kapital. Ihnen bietet aber die Bestimmung des § 1367, die allen Verdienst aus dieser Tätigkeit dem Vorbehaltsgut zuweist, genügenden Schutz. Es ergibt sich also zusammengefaßt:

Ein Erwerbsgeschäft ist ein Unternehmen, das die dauernde Ausnutzung planmäßig vorbestimmter Erwerbsgelegenheit zur ständigen Einkommensquelle gestalten will, diese Zweckbestimmung äußerlich erkennbar hervortreten läßt und auf kapitalistischer Grundlage ruht, mag diese auch noch so gering sein.

b) Selbständigkeit des Betriebes.

Damit ein solches Erwerbsgeschäft aber unter die Bestimmung des § 1367 fällt, ist als weiteres Erfordernis vorausgesetzt, daß dieses Erwerbsgeschäft von der Ehefrau selbständig betrieben wird. Bei der Beantwortung der Frage, was Selbständigkeit im Sinne des § 1367 bedeutet, stehen sich in der Wissenschaft zwei Ansichten gegenüber. Die eine will als selbständiges Erwerbsgeschäft nur den Betrieb anerkennen, der unter tatsächlicher Oberleitung der Frau geführt wird. Die Frau muß die Unternehmerin des Geschäfts, darf nicht lediglich Inhaberin sein; sie muß das Geschäft als Prinzipalin führen (Ullmann S. 17; Thiele a. a. O. S. 312 ff.; Schefold Arch. f. ziv. Prax. Band 91, S. 143; Cosack Band II § 53; Dernburg § 34 Abs. 4; Planck § 1367 Anm. 2 b; Staudinger § 1367 Anm. 3 b; RGRK. § 1405 Anm. 4; J. W. 02 S. 49; RG. Band 59 S. 25). Diese Auffassung verlangt daher außer der Führung im Namen der Frau, daß die einzelnen Rechtsgeschäfte von der Frau oder der von ihr mit der Vertretung betrauten Person vor- bezw. entgegengenommen werden. Demgegenüber legt die andere Ansicht den Begriff der Selbständigkeit bedeutend weiter aus. (Bestgen S. 10 ff; Wierusz. Band II S. 268 ff; Ehrenberg Handbuch Band II S. 168; Endemann § 175 Anm. 74; Staub HGB. BandI Einl. Anm. 48; Düringer-Hachenburg HGB. Band I Einl. Anm. 71; Enneccerus Band 4 § 46 Anm. I 1 c; OLG. Band 4 S. 243). Die Vertreter dieser Richtung halten es für den Begriff der vom Gesetz verlangten Selbständigkeit für erforderlich und ausreichend, daß die Ehefrau als Unternehmerin, Geschäftsherrin des Geschäfts nach außenhin „erscheint", daß das Geschäft in ihrem Namen und für ihre Rechnung betrieben wird.

Die Vertreter beider Richtungen stimmen zwar darin überein, daß es nicht erforderlich ist, daß die Frau selbst im Geschäft mitarbeitet. Selbständig ist nicht gleichbedeutend mit selbsttätig. (OLG. Band 4 S. 243). Ihre Uebereinstimmung erstreckt sich auch darauf, daß es der Selbständigkeit des Betriebes keinen Abbruch tut, wenn die Frau die Leitung des Geschäfts einem Dritten überträgt, der auch ihr eigener Ehemann sein kann. Die Ansichten gehen aber auseinander in dem Falle, in dem der Mann auf Grund seines Verwaltungs- und Nutznießungsrechts das Geschäft seiner Frau führt. Während die Vertreter der einen Ansicht (Endemann, Staub, usw.) auch hier Selbständigkeit des Betriebes annehmen, lehnt die Gegenmeinung (Planck, Staudinger usw.) eine solche ab und stützt sich z. T. dabei auf § 112 BGB., (Hölder § 1367 Anm. 2 e a, Cosack Band II § 53; Planck § 1367 Anm. 2 b), wo ebenfalls von einem selb-

ständigen Betriebe eines Erwerbsgeschäfts die Rede ist. Im § 112 könne aber nur dann an einen selbständigen Betrieb gedacht werden, wenn er durch eigene Tätigkeit des Mündels, unabhängig von dem gesetzlichen Vertreter, geführt werde. Diesen Gedanken auf § 1367, der denselben Begriff des selbständigen Betriebes erhalten wie § 112 angewandt, ergebe den Schluß, daß hier von einem selbständigen Betriebe nur dann die Rede sein könne, wenn der Mann keine führende Stellung als gesetzlicher Verwalter des eingebrachten Gutes im Geschäftsbetriebe habe. (So auch Ullmann S. 17; Schefold a. a. O. S. 143; Dernburg § 34 Anm. 4; Staudinger § 1367 Anm. 3).

Wenn man auch zugeben muß, daß die Rechtsstellung eines Minderjährigen und die einer Ehefrau im gesetzlichen Güterstand gewisse Aehnlichkeiten aufweist, so bestehen doch andererseits grundlegende Verschiedenheiten, wenn man die persönliche Stellung und die allgemeinen Grundsätze des Familienrechts überhaupt in Erwägung zieht. Gerade diese letzteren lassen es wenig ratsam erscheinen, § 112 analog auf § 1367 anzuwenden. Die Ehefrau ist nicht geschäftsbeschränkt, auch nicht im Vermögensbereich des eingebrachten Gutes. Wenn das Gesetz ihr in Ansehung dieses Gutes Beschränkungen auferlegt, so ist das geschehen mit Rücksicht auf die dem Ehemann verliehenen Rechte. Diese entspringen nicht einer etwa aufgehobenen oder geminderten Geschäftsfähigkeit. Der Mann ist demnach auch nicht gesetzlicher Vertreter seiner Frau und kann als solcher auch gar nicht ihr Geschäft leiten. Dieselbe Ansicht wurde im wesentlichen in der Reichstagskommission ausgesprochen (Kommissionsberichte S. 341). In den §§ 1373 ff. findet sich nirgends eine Bestimmung, die dem Manne die Befugnis gewährt, im Namen der Frau, also als ihr gesetzlicher Vertreter, zu handeln. (OLG. 4 S. 243: „Das BGB. kennt keine eheherrliche Vormundschaft"). § 1375 spricht direkt gegen den Gedanken einer gesetzlichen Vertretungsbefugnis.

Richtig ist zwar, daß dem Publikum offenbar gemacht werden muß, daß das Unternehmen von der Frau unter ihrem Namen geführt wird. Das allein aber ist nicht ausschlaggebend für die Eigenschaft des Erwerbsgeschäfts als eines selbständigen. Der entscheidende Gesichtspunkt ist vielmehr der, daß das Erwerbsgeschäft von der Frau in güterrechtlicher Unabhängigkeit vom Manne betrieben wird. (Thiele a. a. O. S. 321; Wierusz. Band II S. 254, 260; Staub HGB. Band I Einl. Anm. 48; Staudinger § 1367 Anm. 3 b; Lehmann-Ring § 1 Anm. 29). Die Frau muß das Geschäft gegenüber ihrem Ehemann selbständig betreiben (Endemann Band II S. 346 Anm. 47). Denn da der selbständige Betrieb eines Erwerbsgeschäfts nur im Eherecht einer Sonderregelung unterliegt, kann es auch nur auf den Grad der Selbständigkeit ankommen, den die Frau innerhalb der ehelichen Gemeinschaft, d. h. im Verhältnis zu ihrem Ehemann, im Geschäftsbetriebe hat. Die Frage also, ob ein selbständiger oder unselbständiger Geschäftsbetrieb einer Frau vorliegt, ist nicht nach der wirtschaftlichen Eigenart des Erwerbszweiges, sondern danach zu be-

urteilen, ob die Frau dem Manne und seinen eheherrlichen Rechten gegenüber selbständige Herrin des Betriebes bleiben kann und bleibt. Es genügt mithin die rechtliche, nicht erforderlich ist die tatsächliche Selbständigkeit des Betriebes (Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts, Band 2, S. 170; Staub HGB. Band I. Einl. Anm. 48).

Nach den güterrechtlichen Bestimmungen ist der Mann gar nicht in der Lage, die Frau durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten (§ 1375). Der Mann darf zwar eigenmächtig über die Verwendung von Barmitteln und verbrauchbaren Sachen, insbesondere über bewegliche zum Warenlager gehörige Sachen, die zum Zwecke der Weiterveräußerung zusammengebracht sind, bestimmen (§§ 1367 Ziff. 1. 92 Abs. 2) und kann zu sonstigen Verfügungen über die im Geschäftsvermögen befindlichen Gegenstände des eingebrachten Gutes die verweigerte Zustimmung der Frau durch das Vormundschaftsgericht ersetzen lassen. (§ 1379). Niemals ist er aber imstande. die Frau zur Bezahlung der für sie angeschafften Waren zu verpflichten oder eine Lieferungsverbindlichkeit für sie zu übernehmen. Der Ehemann ist also auf Grund der ihm durch das Gesetz verliehenen Rechte gar nicht in der Lage, unabhängig von einem etwa entgegenstehenden Willen seiner Frau ein Erwerbsgeschäft in deren Namen selbständig zu führen. Es bleibt dem Mann nichts anderes übrig, als entweder die Geschäfte auf eigenen Namen abzuschließen und so den Geschäftsbetrieb auf die eigene Person überzuleiten, oder aber sich Vollmacht der Frau, sei es zum Geschäftsbetrieb im allgemeinen, sei es zu den einzelnen auf Verpflichtungsübernahme gerichteten Geschäften, einzuholen. Diese Vertretungsmacht würde er daher nicht kraft Gesetzes besitzen, sondern allein kraft des freien, jederzeit widerruflichen Willens der Frau, sodaß er das Geschäft in ihrem Namen nur als Willensorgan betreiben kann. Seine Tätigkeit gründet sich dann auf vertragsmäßig übernommene Pflichten, welche jeder Dritte in gleicher Weise zu übernehmen in der Lage wäre. Damit bleibt aber die Frau selbst Herrin des Geschäfts, mag der Mann selbst Prokurist sein.

Es ist demnach immer dann ein selbständiger Betrieb anzunehmen, wenn der Betrieb im Namen der Frau geführt wird, ihr Name nach außen als Inhaber des Betriebes erscheint, ohne Rücksicht darauf, ob sie nun auch tatsächlich den Betrieb leitet. Man wird aber noch einen Schritt weitergehen müssen, und auch den Betrieb als selbständigen ansehen müssen, der zwar nach außen hin im Namen des Mannes, im Innenverhältnis aber völlig für Rechnung der Frau betrieben wird, sodaß ihr eine mittelbare Berechtigung und Verpflichtung aus den abgeschlossenen Geschäften zusteht. Denn für die Frage, ob der Mann oder die Frau die Erträge zieht, kann nicht das Auftreten nach außen allein entscheiden; es genügt, daß nach den zwischen den Ehegatten getroffenen Abreden das Geschäft zu Nutzen und Schaden der Ehefrau geführt werden soll. (Enneccerus Band 4 § 46 S. 184; Staudinger § 1367 Anm. 3 b;

RGRK. § 1367 Anm. 3; Warneyer 1915 Nr. 135; J. W. 1912 S. 32; Lpz. Zeitschrift 1922 S. 650 ff; OLG. Band 32 S. 4; Band 34 S. 249). Nur bei dieser Ansicht wird man dem Willen des Gesetzgebers gerecht, der darauf ausgeht, der ein Erwerbsgeschäft betreibenden Ehefrau nach Möglichkeit die wirtschaftliche Selbständigkeit einzuräumen.

§ 4.

Beteiligung an einer Gesellschaft als Betrieb eines selbständigen Erwerbsgeschäftes.

Die Ehefrau ist nicht darauf beschränkt, allein ein Geschäft zu betreiben, es bleibt ihr unbenommen, sich mit anderen Personen zu diesem Zwecke zusammenzuschließen. Die üblichsten Formen eines solchen Zusammenschlusses sind handelsrechtliche oder bürgerliche Gesellschaften. Ein großer Teil der erwerbstätigen Frauen ist an solchen Gesellschaften beteiligt, sodaß es durchaus zweckmäßig erscheint, auch diese Frau in den Kreis unserer Betrachtungen mit einzubeziehen. Nach dem im § 2 dargelegten Begriff der Arbeit im Sinne des § 1367 ist es unzweifelhaft, daß mangels einer rein persönlichen Tätigkeit derartige Gesellschaftsbeteiligungen nicht unter den Begriff Arbeit fallen, daß sie vielmehr höchstens als Erwerbsgeschäft angesprochen werden können. Es fragt sich aber, inwieweit die Sonderregelung des § 1367 auf sie Anwendung findet, die Beteiligung also als selbständiges Erwerbsgeschäft im Sinne der genannten Vorschrift angesehen werden kann.

Ebenso wie bei jeder anderen Erwerbstätigkeit ist die Ehefrau in keiner Weise gehindert, irgendeiner Gesellschaft beizutreten und die Mitgliedschaft zu erwerben. Die Zugehörigkeit der Ehefrau zu einer der im HGB. oder BGB. erwähnten Gesellschaften hängt ebensowenig wie ihre Kaufmannseigenschaft überhaupt von der Genehmigung ihres Ehemannes ab. Sie kann Gesellschafterin einer bürgerlichen Gesellschaft, einer offenen Handelsgesellschaft, Komplementärin einer Kommanditgesellschaft oder Kommanditgesellschaft a. A., Kommanditist oder stiller Gesellschafter werden; sie kann auch an einer Aktiengesellschaft, G. m. b. H. oder Genossenschaft beteiligt sein.

Was zunächst die offene Handelsgesellschaft betrifft, so ist diese eine Gesellschaft, die ein Handelsgewerbe betreibt. Ein solches setzt aber immer einen auf dauernden Erwerb gerichteten Geschäftsbetrieb voraus. Mithin liegen bei einer offenen Handelsgesellschaft ohne weiteres die Merkmale eines Geschäftsbetriebes im Sinne von § 1367 vor. (Enneccerus Band 4 § 46 S. 184; RG. 82 S. 102).

Aber nicht nur die Gesellschaft als solche, sondern auch die einzelnen Gesellschafter betreiben ein Erwerbsgeschäft und werden vom Gesetz als Kaufleute angesehen. Daß bei einer Ehefrau die Selbstständigkeit dem Manne gegenüber vorliegt, folgt allein schon daraus, daß dieser beim Betriebe einer offenen Handelsgesellschaft wegen der höchst persönlichen Natur der Gesellschaftsrechte in den Betrieb der

Gesellschaftsgeschäfte nicht eingreifen kann. (Ullmann S. 17; Thiele a. a. O. S. 322; Schefold a. a. O. S. 143). Durch den Gesellschaftsvertrag wird die Frau zu den übrigen Gesellschaftern in Beziehungen gebracht, welche ihrer Natur nach sowohl einen Wechsel ausschließen, wie auch eine Ausübung durch den Ehemann nicht dulden. Dem Wesen der Gesellschaftsverträge entsprechend bestimmen die §§ 105 II HGB, 717 BGB. die Unübertragbarkeit der aus dem Gesellschaftsverhältnis den einzelnen Gesellschaftern zustehenden Ansprüche. Insoweit aber eine Uebertragung nicht möglich ist, ist aber auch eine Ausübung durch einen Dritten ausgeschlossen. Alle personenrechtlichen Befugnisse der Frau als Gesellschafterin sind somit der Beeinflussung des Mannes entzogen.

Ein selbständiger Erwerbsbetrieb bleibt auch dann bestehen, wenn die Frau von der Geschäftsführung ausgeschlossen wird (RG. 87 S. 102; 127 S. 114 ff.), da eine eigene Tätigkeit in dem Unternehmen nicht erforderlich ist. (Thiele a. a. O. S. 322; Staudinger § 1367 Anm. 3 b; Planck § 1367 Anm. 2; J. W. 1915 S. 1009; OLG. 4 S. 342).

Ebenso wie die Beteiligung einer Frau an einer offenen Handelsgesellschaft betreibt sie auch als Komplementärin einer Kommanditgesellschaft ein selbständiges Erwerbsgeschäft, da diese Beteiligung im wesentlichen der eines Gesellschafters der offenen Handelsgesellschaft gleicht. Dasselbe gilt für die offene Beteiligung der Frau an einer Gesellschaft des BGB., die nicht bloße Gelegenheitsgesellschaft ist, sondern einen zur dauernden Einkommensquelle bestimmten Geschäftsbetrieb zum Gegenstande hat. In dem Falle tritt die Frau „offen", d. h. der Außenwelt gegenüber als Gesellschafterin in den Rechtsverkehr, der Geschäftsbetrieb erfolgt also unter ihrem Namen, gleichviel ob sich die Geschäftsführung im gemeinschaftlichen Handeln oder durch einen damit betrauten Gesellschafter (§ 710 BGB.) vollzieht.

Streitig ist dagegen, ob die Beteiligung der Frau als Kommanditistin als ein selbständiges Erwerbsgeschäft anzusehen ist. Man hat dies bejaht mit Rücksicht darauf, daß ebenso wie bei der offenen Handelsgesellschaft auch hier die Gesellschaftsrechte, die die Frau erwirbt, im allgemeinen höchst persönlicher Natur seien, sodaß eine Verwaltung durch den Mann ausgeschlossen sei. Als weiteren Grund führt man noch an, daß die Geschäfte unter der Firma der Gesellschaft als dem gemeinschaftlichen Handelsnamen aller Gesellschafter geführt würden, also auch unter dem Namen der Frau (Lehmann-Ring § 161 Anm. 3 a; Wierusz. Band 2 S. 253; Thiele a. a. O. S. 322 ff; Enneccerus § 46 I 1 c; L. Z. 1910 S. 1 ff; „Recht" 09 S. 570; RG. Band 51, S. 35). Die Vertreter dieser Ansicht gehen bei ihrer Entscheidung von einem falschen Gedanken aus. Es ist nicht richtig, die Beteiligung der Frau an einer Kommanditgesellschaft allein deshalb als selbständiges Erwerbsgeschäft anzusprechen, weil die Gesellschaftsrechte der Frau in der Kommanditgesellschaft höchst persönlicher Natur, daher von der Verwaltung durch den Ehe-

mann ausgeschlossen seien und von der Frau „selbständig" ausgeübt werden könnten. Aus dieser Möglichkeit der selbständigen Ausübung ihrer Gesellschaftsrechte ergibt sich noch nicht, daß die Frau ein Erwerbsgeschäft betreibt. Der Begriff eines Erwerbsgeschäftes läßt sich niemals daraus ableiten. Ausgangspunkt ist auch hier das Erfordernis eines Geschäftsbetriebes, ist die Frage: betreibt ein Kommanditist als solcher ein Erwerbsgeschäft? Es ist die gleiche Frage, die hier wie bei der Kaufmannseigenschaft zu lösen ist: wer betreibt das Geschäft? (Staub Bd. 1. Einl. Anm. 49; L. Z. 09 S. 600). Bejaht man die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten, dann muß man auch zur Annahme eines Geschäftsbetriebes kommen. Aus der Lösung der Frage der Kaufmannseigenschaft ergibt sich auch die Lösung der Frage nach dem Erwerbsgeschäft. Denn Kaufmann kann nur der sein, der ein Handelsgewerbe betreibt. Ein Handelsgewerbe stellt sich aber stets dar als ein in Erwerbsabsicht und auf Dauer betriebenes Unternehmen, also als ein Erwerbsgeschäft im Sinne des § 1367.

Einem Kommanditisten wird man aber nicht die Eigenschaft eines Kaufmanns zusprechen können. Zwar wird das Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betrieben, allein als Kaufmann wird nach allgemeiner Anschauung nur der betrachtet, der seine volle Rechtspersönlichkeit einsetzt. Der Kommanditist ist durch zwingenden Rechtssatz (§ 170 HGB.) von der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen. Er hat niemals als Gesellschafter, niemals aus eigener Person das Leitungsrecht des Handelsgewerbes Dritten gegenüber. Im Außenverhältnis ist er Gesellschafter ohne Leitungsrecht. Das kann, solange er nur Kommanditist ist, durch keinen Gesellschaftsvertrag geändert werden. (RGRK. § 1367 Anm. 3; OLG. 4 S. 342). Es fehlt ihm eben die personenrechtliche Macht über das Handelsgewerbe. Er „betreibt" das Gewerbe nicht, er ist kein Kaufmann. (Staub I. Einl. Anm. 49; Staudinger § 1367 Anm. 3a; Planck Anm. 2b; L. Z. 09 S. 600). Ein Vergleich mit dem von der Vertretungsmacht ausgeschlossenen Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft — wie er vielfach gezogen wird — kann nicht zu einem anderen Ergebnis führen. Die Stellung des letzteren ist eine ganz andere. Hier *ruht* das Leitungsrecht des in der Vertretung vertragsmäßig beschränkten Gesellschafters. Es ist nur auf Zeit unwirksam. In jedem Augenblick kann es durch Vertragsänderung wieder wirksam werden, und zwar nicht als durch Vertrag verliehenes, sondern als kraft der Stellung als persönlich haftender Gesellschafter zuständiges Recht. Grundsätzlich sind eben alle Gesellschafter vertretungsberechtigt. Das ist es aber gerade, was sie zu Kaufleuten macht (L. Z. 09 S. 599).

Die Geschäfte, die im Betriebe der Kommanditgesellschaft geschlossen werden, gehen zwar mit auf den Namen des Kommanditisten, darum also auch unmittelbar mit auf seine Rechnung. Sie gehen aber nicht auf seinen Namen als eines Geschäftsmitinhabers, sondern als eines nur Kapitalbeteiligten. Der Kommanditist wagt nur

ein bestimmtes Kapital, beteiligt sich mit ihm bei einer Handelsgesellschaft. Nur mit dieser Vermögenseinlage haftet er den Gesellschaftsgläubigern im Gegensatz zum Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, der mit seinem gesamten Vermögen haftet, unabhängig davon, ob er vertretungsberechtigt ist oder nicht. Der Kommanditist ist kein Unternehmer eines Handelsgeschäfts, er ist als solcher wohl Mitgesellschafter, nicht aber Mitbetreibender. Aus alledem muß gefolgert werden, daß der Kommanditist kein Kaufmann ist und damit als solcher auch kein selbständiges Erwerbsgeschäft betreibt. (So auch die überwiegende Ansicht: Ullmann S. 17; Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts Band 2 S. 191; Endemann Band 4 S. 346; Düringer Hachenburg Band 1 § 1 Anm. 5; Staub Band 1. § 1 Anm. 18, § 161 Anm. 6; Planck § 1367 Anm. 2 b; Staudinger Anm. 3 a; RGRK. Anm. 3; L. Z. 07 S. 472, 562; 08 S. 573; 09 S. 594; OLG. 4 S. 342; 37 S. 122, 342). Für diese Ansicht spricht auch die Tatsache, daß die meisten Vorschriften des HGB. über Kaufleute für den Kommanditisten nicht gelten können. Er ist zwingend von der Vertretung und regelmäßig von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Daher passen im Sinn des HGB. alle Vorschriften nicht, die eine unmittelbare Betätigung in einem Handelsgewerbe voraussetzen (z. B. §§ 38, 344, 346 ff. HGB.).

Auch die Ehefrau, die stille Gesellschafterin einer bürgerlichen oder handelsrechtlichen Gesellschaft, Aktionärin, Mitglied einer G. m. b. H. oder einer Genossenschaft ist, betreibt kein Erwerbsgeschäft im Sinne des § 1367. (herrschende Ansicht). Bei diesen Arten der Beteiligung erfolgt der Geschäftsbetrieb nicht in ihrem Namen und für ihre Rechnung; sie tritt dabei weder unter ihrem bürgerlichen Namen, noch als Mitinhaberin der Firma in den Rechtsverkehr, ihr Name darf überhaupt nicht in die Firma aufgenommen werden. Die Frau tritt nicht als Unternehmerin auf, vielmehr handelt es sich bei diesen Beteiligungen lediglich um bestimmte Formen der Kapitalanlage. In der zweiten Gruppe dieser Fälle ist nicht der einzelne Gesellschafter, sondern eine von seiner Persönlichkeit unabhängige juristische Person die Unternehmerin des Geschäfts (OLG. 21 S. 290). Die hauptsächlichsten Beteiligungsformen des modernen Gesellschaftsrechts sind also von der gesetzlichen Berücksichtigung in § 1367 ausgeschlossen. Das BGB. kennt eben eine Betätigung der Frau im Sinne des § 1367 nur in den Formen der „Arbeit" mit oder ohne Kapital; der rein kapitalistische Erwerb der Frau ist der vorzugsweisen Behandlung des Gesetzes nicht teilhaftig.

Damit wäre die Frage beantwortet, inwieweit die Bestimmung des § 1367 die erwerbstätige Frau erfaßt. Wir haben gesehen, daß dieser Kreis sehr weit reicht und mit Ausnahme der letzten rein kapitalistischen Beteiligungen wohl jede Erwerbstätigkeit in jeder beliebigen Form darunter fällt.

§ 5.

Der Erwerb im Sinne von § 1367.

Es erhebt sich nun die weitere Frage, inwiefern das Gesetz diesen Frauen eine bevorzugte Behandlung zuteil werden läßt. Nach dem Wortlaut des § 1367 wird Vorbehaltsgut der Erwerb aus Arbeit und selbständigem Betrieb eines Erwerbsgeschäftes. Es fragt sich also, was ist unter Erwerb im Sinne dieser Gesetzesvorschrift zu verstehen. Es muß vorausgeschickt werden, daß unzweifelhaft nur ein solcher darunter zu verstehen ist, den die Ehefrau nach dem Eintritt und während der Dauer des gesetzlichen Güterstandes macht; denn die Rechtswirkungen der Vorbehaltsgutseigenschaft sollen kraft Gesetzes unmittelbar mit dem Erwerbe eintreten. Vorbehaltsgut kann aber nur während des Güterstandes ent- und bestehen. Soweit die Ehefrau bereits vor der Ehe einen Erwerb macht, fällt dieser mit der Eheschließung in das eingebrachte Gut, es sei denn, daß er auf Grund der besonderen Vorschriften der §§ 1366, 1368 Vorbehaltsgut wird. (Planck § 1367 Anm. 4; Staudinger Anm. 4; Enneccerus Band 4 § 46 I 1; J. W. 08. S. 484).

Der gesetzgeberische Gedanke des § 1367 führt dazu, den Begriff des Arbeitserwerbes im weitesten Sinne zu fassen und ihm jeden Vermögenszuwachs einzuordnen, dessen Erlangung in ursächlichem Zusammenhang mit der Arbeitsleistung steht. Der Begriff des „Erwerbes" ist sehr viel umfassender als der des „Gewinns". Bei den Ehefrauen, die sich lediglich durch rein persönliche Tätigkeit einen Verdienst verschaffen, den sog. „Arbeitsfrauen", wird man daher alles das als Erwerb ansehen, was sie auf Grund eines solchen Arbeitsverhältnisses erhalten, mag es nun Dienstvertrag, Werkvertrag oder nur eine gelegentliche Geschäftsbesorgung sein. Es kommt nicht darauf an, ob der Verdienst aus dieser Tätigkeit als Entgelt im Rechtssinne anzusehen ist. Jeder Erwerb muß berücksichtigt werden, der auch nur in irgendeinem Zusammenhang mit der von der Ehefrau ausgeübten Tätigkeit steht. Daher wird man auch Trinkgelder, Neujahrsgelder und andere gelegentliche Zuwendungen als Erwerb im Sinne des § 1367 ansehen müssen. (Schnatenberg § 2 Ziff. 2; Enneccerus Band 4 § 46 I 1 b; Planck § 1367 Anm. 2: Staudinger Anm. 2 b). Diese Regelung entspricht der allgemeinen Verkehrsanschauung und wird allein der Absicht des Gebers gerecht, die dieser mit der Hingabe der Zuwendung verfolgt. Solche Leistungen werden ja gerade gemacht mit Rücksicht auf die geleistete Tätigkeit und sollen die besondere Befriedigung über die Art der Leistung betonen. Deshalb wird der Wille des Gebenden auch immer darauf gerichtet sein, dem Betreffenden die Zuwendung ganz persönlich zuzuleiten, damit er nach seinem Belieben darüber verfügen kann.

Da es weiterhin auch gleichgültig ist, ob der Erwerb eine unmittelbare oder nur mittelbare Folge der Arbeit ist, so fällt auch ein Pensionsanspruch, der der Ehefrau während ihrer Ehe mit Rücksicht auf ihre lange Tätigkeit gewährt wird, als Erwerb unter die

Bestimmung des § 1367. (Ullmann S. 16; Dernburg § 40a). Desgleichen gehören hierher die Unfalls- und Altersrenten, sowie das Krankengeld, denn alles dies hat seine Grundlage in der von ihr betriebenen Tätigkeit. Dagegen wird man nicht hierzu zu rechnen haben die Rente, welche die Ehefrau auf Grund des Haftpflichtgesetzes erhält, denn diese hat ihren Rechtsgrund nicht in ihrer Arbeitstätigkeit, sondern in Schadenersatzansprüchen (Dernburg a.a.O.).

Selbstverständlich ist es, daß neben dem aus der Tätigkeit Erlangten auch der durch die Arbeitsleistung unmittelbar erzielte Erfolg, das Arbeitsprodukt, unter § 1367 fällt, allerdings unter der Voraussetzung, daß die Frau nicht für einen Fremden in dessen Betrieb gearbeitet hat. In dem Falle wird natürlich der Dritte Eigentümer des Arbeitsproduktes.

Ein Erwerb, der aus einer gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßenden Tätigkeit hergeleitet wird (Kuppelei, Prostitution, Diebstahl, Schmuggel) kann nicht als Arbeitserwerb im Sinne des § 1367 betrachtet werden. (Wieruszoski Band 2, S. 249; Opet-Blume § 1367 Anm. 2a; Staudinger Anm. 2c; Enneccerus § 46 I 1b). Anders wird man aber urteilen müssen, wenn sich die Tätigkeit lediglich im Widerspruch zu einer gewerbe- oder steuerpolizeilichen Vorschrift setzt (z. B. verbotene Sonntagsarbeit), denn hier liegt an und für sich eine ordnungsmäßige Tätigkeit vor, während bei den vorher genannten Beispielen gerade die Tätigkeit als solche gegen eine Rechtsnorm verstößt (Staudinger § 1367 Anm. 2c).

Auch bei dem selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts wird man alles das als Erwerb im Sinne von § 1367 auffassen müssen, was auf Grund des Geschäftsbetriebes erworben wird, also mit dem konkreten Erwerbsgeschäft in irgendwelchem Zusammenhang steht. Es gehören demnach hierher nicht nur die Reinerträge, die das Unternehmen abwirft, — so das ALR. — sondern alles, was im Betriebe an Waren, Inventarstücken usw. erworben wird, z. B. die angekauften, selbst gewonnenen und hergestellten Waren, ferner die durch den Abschluß der Rechtsgeschäfte entstehenden Forderungen und Rechte. Schließlich fällt darunter auch das, was die Frau sonst durch Umsatzgeschäft oder Geschäfte des Kreditverkehrs — Aufnahme eines Darlehns — erlangt hat. (Wierusz. Band 2 S. 278; Staub Band 1 Einl. Anm. 47).

Selbstverständlich sind unter diesen Begriff des Erwerbes auch die Anschaffungen zu rechnen, die für die Erhaltung und Fortführung des Betriebes notwendig sind, so Erwerb von neuem Anlage- oder Umsatzvermögen, Ansprüche aus Dienstverträgen mit Angestellten, wie auch aus Kauf- und Werkverträgen mit Lieferanten, Kunden usw.

Erwerb im § 1367 ist demnach in weitestem Sinne aufzufassen, da er alles das ergreift, was nur in irgendwelcher ursächlichen Beziehung zu dem betreffenden Geschäftsbetrieb steht.

Soweit es sich um einen Gewinn handelt, kommt es ausschließlich auf den Zeitpunkt des Abschlusses des gewinnbringenden

Geschäfts, nicht auf den Tag des Einganges des sich als Gewinn darstellenden Betrages an (J. W. 08 S. 484). Nur wenn der Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses in die Zeit *nach* der Eheschließung fällt, ist der Gewinn als Erwerb anzusprechen. Fällt der Gewinn nach der Eheschließung zu, liegt aber der Geschäftsabschluß vor dieser, dann ist der Gewinn kein Erwerb in dem hier erörterten Sinne.

Wenn die Frau in ihrem Geschäftsbetriebe andere Leute beschäftigt, fällt natürlich auch jeder durch diese Angestellten erzielte Erlös als Erwerb in das Vorbehaltsgut.

Nicht so einfach ist die Frage nach dem Erwerbe bei Ehefrauen, die an einer Gesellschaft beteiligt sind. Bei der Beantwortung dieser Frage muß man von dem Verhältnis ausgehen, das zwischen den Gesellschaftern einerseits und den das Vermögen der Gesellschaft bildenden Sachen und Rechten andererseits besteht. Ein Eigentum des einzelnen Gesellschafters an den körperlichen Sachen und Rechten, welche zum Gesellschaftsvermögen gehören, besteht weder in der Form eines nach Quoten geteilten Miteigentums an den einzelnen Sachen, noch in der Form eines nach Quoten geteilten Anteilsrechts am ganzen Inbegriff des Gesellschaftsvermögens. Vielmehr sind die Gesellschafter berechtigte Inhaber des Vermögens der Gesellschaft zur gesamten Hand, das Gesellschaftsvermögen steht allen Gesellschaftern zu. Eine Verfügung kann daher über das ganze Gesellschaftsvermögen oder Teile desselben nur getroffen werden durch die Gesamtheit der Gesellschafter oder ihre Organe (§§ 105 Abs. 2, 161, 320 Abs. 2 HGB. in Verbindung mit §§ 718, 719 BGB.; RG. 30 S. 152, 56 S. 209; DJZ. 04 S. 817). Ebenso stehen der Ehefrau als Gesellschafterin keine Ansprüche auf einzelne Bestandteile des Gesellschaftsvermögens zu. Ausgeschlossen ist daher die Möglichkeit der Zugehörigkeit einzelner Gegenstände zum Vorbehaltsgut der Frau.

Ein Anrecht darauf bietet sich ihr erst im Auseinandersetzungsguthaben. Dieses setzt sich zusammen aus der Einlage, den Ansprüchen auf Gutschrift und Zinsen, den jährlichen Gewinnanteilen gemäß § 122 HGB. und schließlich aus der Forderung auf Verteilung dessen, was dem einzelnen Gesellschafter bei seinem Austritt aus der Gesellschaft oder infolge Auflösung zukommt (§ 155 Abs. 1 HGB.).

Was zunächst die Einlage betrifft, so versteht man darunter den Geschäftsanteil, der an die Stelle des aus dem eingebrachten Gut ausgeschiedenen und dadurch gewissermaßen zu fremdem Gut gewordenen Vermögenswerte tritt. Diese Einlage bleibt eingebrachtes Gut, abgesehen von dem Fall, daß auch bereits die Einlage aus Vorbehaltsgut entnommen ist. Dagegen wird das diese Summe mit der Zeit überschreitende Guthaben Vorbehaltsgut. Allerdings erhält die Frau den auf sie entfallenden Teil des Gesellschaftsvermögens einschließlich des durch den Gesellschaftsbetrieb gemachten Erwerbes erst nach der Auflösung bezw. Liquidation. Deshalb ist auch darüber Streit entstanden, ob diese Ansprüche einen Erwerb im Sinne von § 1367 bilden. Als Vorbehaltsgut muß man ohne

weiteres die Entnahmen ansprechen, die die Ehefrau auf Grund von § 122 HGB. macht. (Düringer-Hachenburg Band 1 Einl. Anm. 77; Ullmann in J.W. 02 S. 53). Diese in § 122 HGB. bestimmten Beträge sind Teile des dem Kapitalanteil des Gesellschafters zugeschriebenen Jahresgewinns und stellen deshalb, sobald der Gesellschafter sie eingezogen hat, den Erwerb dar, welchen er für das letzte Jahr aus seiner Beteiligung zieht. Es wäre nicht einzusehen, aus welchem Grunde dieser Erwerb anders zu beurteilen sein sollte, als jeder andere Erwerb, den die Ehefrau aus dem selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes zieht. Er wird vielmehr ebenfalls Vorbehaltsgut nach § 1367. Man wird aber nicht nur dann Erwerb im Sinne des § 1367 anzunehmen haben, wenn die Ehefrau diesen Betrag abgehoben hat, sondern Erwerb ist auch schon dann gegeben, wenn lediglich die Forderung auf Auszahlung des Geldbetrages entstanden ist.

Was die übrigen Beträge angeht, die die Ehefrau erst im Falle der Auflösung oder des Austritts verlangen könnte, so ist hier die Meinungsverschiedenheit in der Wissenschaft erheblich stärker, als bei der vorhergehenden Frage. Ausführlich nimmt Ullmann (J.W. 02 S. 51 ff) hierzu Stellung. Nach seiner Ansicht ist nur das Erwerb, was die Ehefrau nach den gesetzlichen oder vertraglichen Bestimmungen aus dem Gesellschaftsvermögen zu entnehmen befugt ist und auch tatsächlich entnimmt. Mache sie von ihrer Befugnis keinen Gebrauch, so würden infolgedessen die betreffenden Beträge dem Kapitalanteil zugeschrieben, und es erhöhe sich lediglich der Kapitalanteil durch diese Zuschreibung. Diese Erhöhung sei aber nicht als Erwerb im Sinne des § 1367 anzusehen; vielmehr bleibe dieses in seinem Wert erhöhte Recht der Frau trotz der Werterhöhung eingebrachtes Gut.

Hierzu ist folgendes zu sagen:

Es ist zwar richtig, daß durch die Zuschreibung das Gesellschaftsvermögen nur wächst, aus diesem aber noch nicht zugunsten des Gesellschafters ausscheidet. Durch diese Zuschreibung erhöht und erweitert sich aber das Recht des Gesellschafters auf künftige Auszahlung bei der Auseinandersetzung. Wenn auch dieses Recht zur Zeit noch nicht realisierbar ist, so existiert es doch schon, wie sich bereits daraus ergibt, daß ein solches Recht nach § 717 BGB. übertragen werden kann. Und insofern sich dieses Recht erweitert im Vergleich zu dem bei Eingehung der Gesellschaft bestehenden Recht auf künftige Auskehrung, bei der Auseinandersetzung, stellt es sich als Erwerb dar, welcher durch das Erwerbsgeschäft gemacht wird und daher dem Vorbehaltsgut zufällt. Der Gewinn braucht keineswegs in einem sofort fixierten und verwertbarem Betrage zu bestehen, es genügt vielmehr dazu ein Recht auf Auszahlung eines Geldbetrages. Hierbei gibt es wiederum keinen Unterschied, ob dieses Recht überhaupt erst während des Bestehens der Gesellschaft entstanden ist, oder ob ein schon von Anfang an vorhandenes Recht durch eine während des Bestehens der Gesellschaft infolge von

Zuschreibungen erfolgte Erweiterung einen größeren Umfang angenommen hat, sodaß die Differenz zwischen dem Wert des ursprünglichen und des bei der Auseinandersetzung bestehenden Rechts als Gewinn anzusehen ist. Auf diese Weise kommt der alte Spruch zur praktischen Durchführung: „Frauengut wächst noch schwindet nicht".

Der Erwerb der Ehefrau als Gesellschafterin unterscheidet sich demnach von dem der Handelsfrau als Einzelkaufmann dadurch, daß diese letztere schon während der Ausübung ihres Handelsgeschäftes ihren Erwerb dem Vorbehaltsgut zuführen kann, jene dagegen vor Beendigung der Gesellschaft nur den eventuellen tatsächlichen Reingewinn, den vollen Erwerb erst nach Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses.

§ 6.

Das Surrogationsprinzip des § 1370 BGB.

Der Wille des Gesetzgebers geht dahin, der Ehefrau das Vorbehaltsgut unverkürzt in seinem Bestande zu erhalten und ihr die volle wirtschaftliche Bewegungsfreiheit zu gewährleisten. Die Vorschrift des § 1367 allein konnte diesen Erfolg nicht herbeiführen, da hiernach lediglich der Erwerb der Frau aus Arbeit und selbständigem Betrieb eines Erwerbsgeschäfts zu Vorbehaltsgut erklärt wird. Jedes Vermögen unterliegt aber im Laufe der Zeit Veränderungen in seinem Bestande. Wenn der Ehefrau auch für die Folgezeit die vom Gesetz gewollte wirtschaftliche Unabhängigkeit erhalten bleiben sollte, dann mußte für den Erwerb, der rechtlich im Zusammenhang mit bereits vorhandenem Vorbehaltsgut stand und für die Rechtsgeschäfte, die mit Bezug auf die Vorbehaltsmasse eingegangen werden können, und deren Wirkung sich unmittelbar auf diese Vermögensmasse erstreckt, eine besondere Regelung getroffen werden. Diese ist durch Schaffung des § 1370 erfolgt.

§ 1370 unterscheidet drei verschiedene Erwerbstatbestände. Zunächst wird der Erwerb zu Vorbehaltsgut bestimmt, den die Frau auf Grund eines zu ihrem Vorbehaltsgut gehörenden Rechts macht. Hierbei ist zu beachten, daß der Begriff „Recht" sowohl alle körperlichen wie unkörperlichen Bestandteile des Vorbehaltsguts umumfaßt (Wierusz. Band II S. 305 Anm. 13; Staudinger § 1370 Anm. 2a). Unter diese Gruppe fällt einmal der Erwerb, der kraft gesetzlicher Vorschrift mit einem Rechte des Vorbehaltsgutes als unmittelbare Rechtsfolge verknüpft ist. Als Beispiele sind hier zu nennen: der Erwerb aus Verbindung und Vermischung (§§ 946 ff.) die Früchte des Vorbehaltsgutes (Erträgnisse eines Grundstückes). Dann fällt hierher aber auch der Erwerb, der durch ein den Inhalt des Rechts verwirklichendes Rechtsgeschäft vermittelt wird, insbesondere alles, was durch Erfüllung eines zum Vorbehaltsgut gehörigen Forderungsrechts erlangt wird. Ein Beispiel hierfür bietet der Lotteriegewinn. (Wierusz. II S. 306, Anm. 15; Staudinger § 1370 Anm. 2a, während RGRK. § 1370 Anm. 4 diesen Fall unter die

dritte Gruppe des § 1370 einreiht). Das Lotterielos verkörpert zunächst ein bedingtes Forderungsrecht. Wird das zum Vorbehaltsgut zahlende Los mit einem Gewinn gezogen, so gehört auch das nunmehr unbedingte Forderungsrecht zum Vorbehaltsgut, aber nicht etwa auf Grund des § 1370, sondern kraft Gleichheit des Rechts. Wenn sodann der Gewinn ausgezahlt wird, so erwirbt die Frau, jetzt auf Grund des § 1370, den Gewinn in ihr Vorbehaltsgut.

Als nächste Gruppe wird von der Bestimmung des § 1370 erfaßt, was die Frau als Ersatz für die Entziehung, Zerstörung oder Beschädigung eines zum Vorbehaltsgut gehörenden Gegenstandes erwirbt. Diese Ersatzansprüche bilden wirtschaftlich eine Vergütung für den Verlust oder die Verschlechterung des Vorbehaltsgutes. Es sind hier zu nennen die Ansprüche wegen Enteignung eines Vorbehaltsgegenstandes, Ansprüche auf den Ueberschuß aus dem Erlös einer zwangsversteigerten Vorbehaltssache, Ausgleichungsansprüche aus § 1417, ferner Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung und schließlich Ansprüche aus unerlaubter Handlung, verübt durch Eingriffe in Vermögensrechte des Vorbehaltsguts. Bestritten ist die Frage, ob auch Schadensersatzansprüche der Frau wegen einer gegen ihre Person gerichteten unerlaubten Handlung zum Vorbehaltsgut gehören. Die Rechtsprechung hat diese Frage verneint. (OLG. 30 S. 43 f; 38, S. 245; RG. 90 S. 68; 96 S. 97; RG. in „Recht" 1916 Nr. 471). Sie folgert das aus § 1370 als einer Ausnahmebestimmung. Der Umfang des Vorbehaltsgutes sei in den §§ 1366—1370 erschöpfend geregelt. Da die vorliegenden Ansprüche nicht mit aufgezählt seien, könne eine Anwendung des § 1370 nicht in Frage kommen. Lediglich was die Frau durch Arbeit und Betrieb eines Erwerbsgeschäftes erworben habe und der Ersatz für Zerstörung oder Verschlechterung der so erworbenen Gegenstände sei Vorbehaltsgut, nicht aber die Zerstörung oder Minderung ihrer Erwerbsfähigkeit. Mit diesem höchst unbefriedigenden und dem Grundgedanken des § 1370 keineswegs gerecht werdenden Ergebnis hat sich aber ein großer Teil der Wissenschaftler nicht zufrieden gegeben. Ein Teil (Staudinger § 1370 Anm. 2b; RGRK. § 1370 Anm. 7). will allerdings nur insoweit die Ansprüche als zum Vorbehaltsgut gehörig betrachten, als die Frau durch ihre Verletzung in ihrem eigenen selbständigen Gewerbebetrieb geschädigt ist. (Z. B. Ersatz für verminderte Erwerbsfähigkeit). Man wird aber auch für die weiteren Ansprüche (Heilungs- und Kurkosten, Schmerzensgeld) die Vorbehaltsgutseigenschaft bejahen müssen. Es widerspricht dem Wesen der Sache, daß solche in Grund und Umfang ausschließlich durch die Persönlichkeit des Verletzten bestimmten Ansprüche denselben Regeln wie die dieser persönlichen Beziehung entrückten Ansprüche unterworfen sein sollen. Die Leistung des Schmerzensgeldes insbesondere soll die der betreffenden Person zugefügten Kränkung beseitigen, nicht etwa die ihrem Vermögen zugefügte Verletzung ausgleichen. Derartige ausschließlich auf die Persönlichkeit des Verletzten zugeschnittenen Ansprüche bedürfen aber nicht, weil

sie in der Person eines Rechtssubjekts, das zufällig eine Ehefrau ist, entstanden sind, seiner wahren Bestimmung entzogen werden, was aber der Fall wäre, wenn sie in das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Mannes fallen würden. (Zum gleichen Ergebnis kommen auch OLG. 18 S. 75; Enneccerus Band 4 § 46 I 3c; Mitteis in in Festgabe für das Reichsgericht Band 3 S. 212. Enneccerus weist mit Recht darauf hin, daß die Scheidung der Rechte der Frau in eingebrachtes Gut und Vorbehaltsgut sich nur auf ihre Vermögensrechte. nicht dagegen auf ihre Persönlichkeitsrechte beziehe.)

Schließlich bildet eine dritte Gruppe des § 1370 der Erwerb durch solche Rechtsgeschäfte, die sich auf das Vorbehaltsgut beziehen. Im Gegensatz zu den beiden vorigen Erwerbstatbeständen steht hier der Erwerb nicht rechtlich, sondern nur wirtschaftlich mit dem Vorbehaltsgut im Zusammenhang. Letzterer braucht nicht darin zu bestehen, daß der Erwerb, wie das bei Umsatzgeschäften oft der Fall ist, sich wirtschaftlich als aus dem Vobehaltsgut gemacht darstellt, sondern es genügt schon, wenn das Rechtsgeschäft subjektiv mit Beziehung auf das Vorbehaltsgut geschlossen ist und objektiv mit ihm in Zusammenhang gebracht werden kann. (Staudinger § 1370 Anm. 2c; Planck § 1370 Anm. 4; RG. 92 S. 142). Es ist nicht erforderlich, daß die Ehefrau ihre Absicht, für das Vorbehaltsgut zu erwerben, bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts ausdrücklich erklärt; es genügt vielmehr, wenn sich aus den ganzen Umständen diese Absicht ergibt. Diese Absicht der Frau kann aber allein nicht entscheidend sein für die Anwendung des § 1370, wenn das Rechtsgeschäft objektiv mit dem Vorbehaltsgut nicht in Beziehung gebracht werden kann. Dies ist aus dem Grundsatz zu folgern, daß die Frau sich nicht einseitig beliebig Vorbehaltsgut verschaffen kann. (RG. 92 S. 142). Zu dem Erfordernis der objektiven Beziehung ist noch zu sagen, daß das fragliche Rechtsgeschäft nicht mit einem bestimmten substantiellen Teil des Vorbehaltsgutes in einer unmittelbaren Beziehung zu stehen braucht, „gewissermaßen aus ihm herauswächst" (RG. 72 S. 166). Eine derartige beschränkte Auffassung der in § 1370 vorausgesetzten Beziehung des Geschäfts zum Vorbehaltsgut würde der Ehefrau die vom Gesetzgeber gewollte Unabhängigkeit in der Verwaltung ihres Gutes in keiner Weise gewähren: sie würde vielmehr zu dem unannehmbaren Ergebnis führen, daß alle sogen. gewerblichen Hilfsgeschäfte, wie z. B. der Abschluß von Dienstverträgen, nicht als mit Beziehung auf das Vorbehaltsgut abgeschlossen angesehen werden könnten. (Mot. Band 4 S. 177 ff; RG. 72 S. 166).

Als Geschäfte im Sinne dieser Vorschrift kommen insbesondere solche in Frage, durch die ein ausscheidendes Vorbehaltsstück durch ein anderes ersetzt wird. Weiter sind hier zu nennen der Verkauf von Vorbehaltssachen, Anschaffung von Inventarstücken, entgeltliche Abtretung von Forderungen, die zum Vorbehaltsgut gehören, Tauschverträge, Dienstverträge über Arbeiten, welche sich auf Gegenstände des Vorbehaltsgutes beziehen. Ferner gehört zu dieser Gruppe auch

der Versicherungsvertrag, den die Frau selbständig in ihrer Eigenschaft als Gewerbefrau im Interesse ihres Geschäfts geschlossen hat, um im Falle eines Unfalls in den Versicherungsbeträgen einen Ersatz für den ihr infolge der Minderung ihrer Erwerbsfähigkeit entgehenden Geschäftsgewinn oder eine Deckung für die etwa durch Einstellung einer Hilfskraft entstehenden Auslagen zu haben. Unter § 1370 fallen aber auch solche Rechtsgeschäfte, die einen dinglichen Rechtserfolg unmittelbar herbeiführen. (z. B. Uebereignung gemäß § 929). Dies muß besonders erwähnt werden, weil es für § 1370 genügt, wenn das Erfüllungsgeschäft in der verlangten Beziehung zum Vorbehaltsgut steht, mag auch das zu Grunde liegende Kausalgeschäft diese Beziehung noch nicht besessen haben, indem es z. B. vor Eingehung der Ehe oder vor Begründung des gesetzlichen Güterstandes abgeschlossen ist. Erfolgt die Erfüllung aus diesem Schuldverhältnis nach Eintritt des gesetzlichen Güterstandes, und hat sie die erforderliche Beziehung zum Vorbehaltsgut, so wird die betreffende Sache auch Vorbehaltsgut.

§ 7.

Die Bedeutung des Vorbehaltsgutes für die Frau.

In den vorhergehenden Ausführungen haben wir eingehend dargelegt, welcher Erwerb der Ehefrau aus ihrer Erwerbstätigkeit dem Vorbehaltsgute zufällt. Wir müssen uns jetzt weiter der Frage zuwenden, inwieweit die Frau hinsichtlich des Vorbehaltsgutes eine Sonderstellung gegenüber den anderen Ehefrauen einnimmt. Die Rechtsverhältnisse des Vorbehaltsgutes werden in § 1365 negativ dahin bestimmt, daß sich die Verwaltung und Nutznießung des Mannes darauf nicht erstrecken soll. Damit ist grundsätzlich ausgesprochen, daß die Ehefrau im Bereiche dieses Sondergutes genau dieselbe Rechtsstellung einnimmt, als lebe sie mit ihrem Manne in Gütertrennung (Planck § 1363 Anm. 2). Die Folge des Ausschlusses der güterrechtlichen Einflüsse ihres Ehemannes und weiter der Umstand, daß die Eheschließung selbst in keiner Weise auf den Bestand ihrer persönlichen Selbständigkeit einwirkt, müssen dazu führen, der Ehefrau hinsichtlich ihres Vorbehaltsgutes sowohl ihrem Ehemanne wie auch jedem Dritten gegenüber grundsätzlich die Rechtsstellung einer unverheirateten Frau einzuräumen. Die Ehefrau bedarf zu keiner Verpflichtung oder Verfügung über ihr Vorbehaltsgut der Zustimmung ihres Mannes und macht sich ihm durch ihre Maßnahmen niemals verantwortlich. Auf Grund des ihr zustehenden Verwaltungsrechtes kann sie die zum Vorbehaltsgut gehörenden Sachen in Besitz nehmen, der Ehemann erwirbt an ihnen den Besitz nur in der gleichen Weise wie ein Dritter. (J. W. 1914 S. 147). Als Besitzer stehen der Ehefrau auch die Ansprüche aus §§ 859, 861, 862 zu, falls der Mann verbotene Eigenmacht ausüben sollte. Die Ehefrau kann unbeschränkt über das Vorbehaltsgut verfügen, darauf bezügliche Verbindlichkeiten eingehen und es durch ihre Verpflichtungen unmittelbar dem Zugriff ihrer Gläubiger unterwerfen.

Der Ehemann ist nicht befugt, auf das Vorbehaltsgut irgendwie einzuwirken, er hat auch keinerlei Einfluß auf die Verwendung des Vorbehaltsgutes. Die Frau kann mit diesem schalten, wie eine unverheiratete Frau, kann es also auch verschleudern und vergeuden. Soweit der Ehemann unbefugt in diesen Vermögensrechtskreis seiner Ehefrau eingreift, kann er sich schadensersatzpflichtig machen aus dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung. Die gleiche selbständige Stellung genießt die Frau, soweit das Vorbehaltsgut in Frage kommt, auch im Prozeß. Zur gerichtlichen Geltendmachung von Ansprüchen, die sich auf das Vorbehaltsgut beziehen, ist nur die Frau befugt; der Mann ist zu einer solchen Klage nicht aktiv legitimiert. Umgekehrt kann ein Dritter etwaige Ansprüche gegen das Vorbehaltsgut nur gegen die Frau richten und auch nur gegen sie gerichtlich einklagen.

§ 8.

Die güterrechtliche Natur des Erwerbsgeschäftes, das die Ehefrau mit in die Ehe bringt.

Anhand der bisherigen Untersuchungen kann man wohl ohne weiteres behaupten, daß die „Arbeitsfrau", d. h. die Ehefrau, die ihren Erwerb lediglich aus körperlicher Arbeit im Sinne von § 1367 zieht, in dieser Eigenschaft von ihrem Manne völlig unabhängig gestellt ist und das Gesetz ihr die vollkommene wirtschaftliche Selbständigkeit eingeräumt hat.

Das gleiche gilt aber nicht ohne weiteres von der „Erwerbsfrau", d. h. der Ehefrau, die ein selbständiges Erwerbsgeschäft im Sinne des § 1367 betreibt. Allerdings weist auch hier das Gesetz durch § 1367 in Verbindung mit § 1370 der Frau den ganzen Erwerb in weitestem Sinne als Vorbehaltsgut zu und nimmt dem Manne dadurch jedes Recht, willkürlich in diesen Vermögensteil einzugreifen. Aber eine Frage ist dabei noch nicht beantwortet: Wie steht es mit dem Erwerbsgeschäft und den dazu gehörigen Gegenständen, die die Frau mit in die Ehe bringt? Werden sie ebenfalls Vorbehaltsgut oder bleiben sie Eingebrachtes und geben somit dem Manne ein Recht, auf Grund seines Verwaltungs- und Nutznießungsrechts eigenmächtig einzugreifen? Derartige Fälle, daß die Frau bereits vor ihrer Ehe ein Erwerbsgeschäft betreibt und dieses dann nach der Eheschließung fortsetzt, sind sehr häufig. Nach § 1367 wird lediglich der Erwerb aus dem Erwerbsgeschäft Vorbehaltsgut und auch § 1370 weist nur den Erwerb dem Vorbehaltsgute zu, der mit dem bereits vorhandenen Vorbehaltsgut in rechtlichem und wirtschaftlichem Zusammenhang steht. Das Gesetz trifft aber keine Regelung darüber, wie es sich mit dem Erwerbsgeschäft und seinen Gegenständen verhält, die bereits bei Eheschließung vorhanden waren, also nicht im Sinne der §§ 1367, 1370 „erworben" sind. Da das Gesetz hierüber nichts sagt, ist es der Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen, diese Frage zu entscheiden. Naturgemäß ist

daher diese Frage nicht einheitlich beantwortet und noch heute herrscht ein lebhafter Streit über die rechtliche Natur des von der Ehefrau eingebrachten Erwerbsgeschäftes.

Bevor wir zu dieser Frage Stellung nehmen, soll zunächst auf die einzelnen, in der Wissenschaft vertretenen Ansichten eingegangen werden. Die verschiedenen Ansichten lassen sich in drei große Gruppen einteilen:

a) Ansicht von Dernburg,
der sich im wesentlichen Endemann, Hachenburg und LOG. 9 S. 150 ff. angeschlossen haben;

b) herrschende Ansicht,
(Staudinger, Staub, Planck, RG. usw.);

c) Ansicht von Martin Wolff
Enneccerus Band IV, § 46), die erst in neuerer Zeit aufgetreten ist, und die in Düringer-Hachenburg und Mitteis befürwortende Vertreter gefunden hat.

In dieser Reihenfolge sollen die Ansichten in folgendem behandelt werden.

a) Dernburg'sche Ansicht.

Dernburg geht bei der Untersuchung der rechtlichen Natur des Erwerbsgeschäftes von § 1366 aus und kommt auf Grund dieser Vorschrift zu dem Ergebnis, daß das Geschäftsvermögen der Erwerbsfrau stets aus dem eingebrachten Gut ausscheide und Vorbehaltsgutseigenschaft annehme, wenn die Frau das Geschäft schon vor Eingehung der Ehe betreibe und es während der Ehe fortsetze. (Lehrbuch Band IV. § 40 S. 142 ff; DJZ. 02 S. 465 ff.).

Nach Dernburg kann der im § 1366 ausgesprochene Grundsatz in einem engeren und einem weiteren Sinne aufgefaßt werden. Im engeren Sinne bedeute er, daß es sich um Sachen handeln müsse, welche für die leibliche Person der Frau bestimmt seien (so auch der Sinn des ALR. II 1 § 206 und der Entwürfe). Dagegen falle unter den weiteren Begriff alles das, was überhaupt für den selbständigen Gebrauch der Frau bestimmt sei. Und zwar erstrecke sich die Bestimmung auch auf die zur Ausübung ihres Berufes oder Gewerbes bestimmten Gegenstände und Betriebsmittel, denn auch diese seien durch die Bestimmung der Frau ihrem Geschäftsvermögen zugeordnet und dienten hinfort ihrem persönlichen Gebrauch. Dies sei auch der Wille der Reichstagskommission gewesen und gehe ferner aus der Erweiterung des § 1366 auf Arbeitsgeräte hervor. Daraus, daß das Gesetz von „insbesondere" spreche, sei zu folgern, daß es nur Beispiele angeben und die Richtung zeigen wolle, welche die Auslegung einzuhalten habe. Damit fielen aber alle Ausführungen zusammen, welche die Eigenschaft des Arbeitsgerätes im Sinne des § 1366 als etwas Besonderes auffaßten und eine ausdehnende Auslegung ablehnten.

Dieser von Dernburg begründeten Auffassung haben sich Endemann (Band II § 174 S. 347), Hachenburg (Vorträge Band II S. 192 ff.) und OLG. 9 S. 150 ff., im Wesentlichen mit der gleichen Begründung angeschlossen. Hachenburg gibt lediglich dem Worte „Arbeitsgeräte" eine ausdehnende Auslegung und sieht es nicht — wie Dernburg — lediglich als Beispiel an, das für die Auslegung des § 1366 aufklärend sei.

In vollem Umfange schließt sich die Entscheidung des OLG. Band 9 S. 150 ff. der Lehre von Dernburg an. Diese von Dernburg vertretene Ansicht, die allein den Bedürfnissen und den Erfordernissen des Geschäftsverkehrs entspreche, finde auch im Gesetz eine genügende Unterlage. Wenn der Gesetzgeber es tatsächlich beabsichtigt hätte, das Erwerbsgeschäft für eingebrachtes Gut zu erklären, dann müßten auch die Nutzungen des eheweiblichen Geschäfts dem Manne zufallen. Das sei aber gerade durch § 1367 ausgeschlossen. Es brauche auch nicht ausdrücklich betont zu werden, daß die Verwaltungsbefugnis des Mannes nicht Platz greifen solle, denn von einem selbständigen Geschäftsbetrieb der Frau könne nur dann die Rede sein, wenn sie ihn unabhängig von ihrem Manne führe, dieser also seiner Verwaltungsbefugnis enthoben wäre.

b) herrschende Lehre.

Gegen diese von Dernburg begründete Richtung wendet sich eine andere Lehre, die heute noch als die herrschende anzusprechen ist. Die Anhänger dieser Richtung (Ullmann S. 6 ff.; Wierusz. Band II S. 263, 292 ff.; Zschimmer in Zeitschrift f. Handelsrecht Band 52 S. 491 ff.; Thiele a. a. O. S. 327 ff.; Ehrenbergs Handbuch Band II S. 167; Opet-Blume § 1367 Anm. 3; Warneyer Band II § 1367, Anm. 3.; Planck, Anm. 6 a; Staudinger Anm. 3 c; RGRK. Anm. 5; Staub HGB. Einl. Anm. 46; Lehmann HGB. Band I § 18; DJZ. 04 S. 124 ff.) sind der Ansicht, daß das eingebrachte Erwerbsgeschäft als eingebrachtes Gut anzusehen sei, da eine besondere Regelung im Gesetz nicht erfolgt sei. Ausgangspunkt für die Frage, ob das Erwerbsgeschäft, das die Frau mit in die Ehe bringt, eingebrachtes Gut sei oder Vorbehaltsgut, sei § 1367. Diese Gesetzesbestimmung lasse lediglich den Erwerb aus dem selbständigen Erwerbsgeschäft zu Vorbehaltsgut werden. Damit gebe es aber weiter zu erkennen, daß das Erwerbsgeschäft als solches nicht Vorbehaltsgut sei. Wenn der Gesetzgeber von dem durch den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes gemachten Erwerb spreche, hätte es doch nahe gelegen, daß hierbei auch des Erwerbsgeschäftes Erwähnung getan worden sei, wenn es in seiner Absicht gelegen hätte, nicht nur den Erwerb, sondern auch das Erwerbsgeschäft selbst für Vorbehaltsgut zu erklären. Aber der Umstand, daß das Gesetz mit keinem Wort hierauf hingewiesen habe, lasse erkennen, daß eine solche Regelung nicht beabsichtigt gewesen sei. Gerade die alte Rechtsregel: exceptio firmat regulam zwinge zu dem Ergebnis, daß das Erwerbsgeschäft nicht Vorbehaltsgut werde.

Eine ausdehnende Auslegung der Vorschriften, die den Umfang des Vorbehaltsgut begrenzen, sei im Hinblick auf den Charakter des Vorbehaltsgutes als Ausnahme von der Regel geradezu unstatthaft. Schließlich führen die Vertreter dieser Ansicht noch aus, daß bei der Annahme der Vorbehaltsgutseigenschaft des Erwerbsgeschäftes § 1367 überflüssig sein würde, denn dann werde das, was die Ehefrau durch den Geschäftserwerb erlange schon nach § 1370 ohnehin Vorbehaltsgut, der Vorschrift des § 1367 bedürfe es dann nicht mehr. Allein aus dem Umstand, daß das Erwerbsgeschäft der Nutznießung durch den Mann entzogen sei, indem die gezogenen Früchte in die vollkommene Gewalt der Ehefrau fallen, könne nicht geschlossen werden, daß es nicht eingebrachtes Gut, sondern Vorbehaltsgut sei.

Die gleiche Ansicht wird nunmehr auch von der Rechtsprechung vertreten, nachdem diese zunächst einige Bedenken hegte. Eine Entscheidung des OLG. (Band 9 S. 150 ff.) haben wir bereits im Zusammenhang mit der Lehre von Dernburg kennengelernt. Eine ähnliche Haltung nimmt in dieser Frage das RG. in Band 59 S. 29 ff. ein. Dort heißt es in der Begründung, nachdem vorher von der Dernburg'schen Lehre die Rede war: „In der Tat kann kein Zweifel darüber obwalten, daß es sowohl dem Bedürfnis des Rechtsverkehrs als den Anforderungen der Billigkeit lediglich entspricht, wenn für den gesetzlichen Güterstand des BGB. als Vorbehaltsgut alles dasjenige Vermögen betrachtet wird, das insbesondere in einem der Ehefrau beim Beginn der ehelichen Nutznießung und Verwaltung zustehenden und von ihr mit Einwilligung des Ehemannes fortgesetzten Erwerbsgeschäftes begriffen ist". Ein Strafsenat (RG. Str. Band 35 S. 395) geht sogar soweit, daß er den Ehemann, welcher gegen den Willen seiner Frau die Geschäftsräume, in denen sie das Erwerbsgeschäft betreibt, betritt, des Hausfriedensbruchs für schuldig erklärt. Später hat aber die Rechtsprechung eine andere und einheitliche Stellung zu dieser Frage genommen und hat sich voll und ganz hinter die in der Wissenschaft herrschende Ansicht gestellt. (RG. 87 S. 103; 127 S. 114 ff.; RG. in LZ. 1915 S. 1304; 1916 S. 1488; RG. im Recht 1920 Nr. 1901; OLG. 32 S. 4 ff.; 34 S. 249; OLG. in Seuff. Arch. Band 67 Nr. 160).

§ 9.

Stellungnahme zu den beiden Ansichten.

a) zur herrschenden Ansicht.

Der herrschenden Lehre muß der Vorwurf gemacht werden, daß sie sich zu starr an den Wortlaut des Gesetzes hält, ohne Rücksicht auf das Bestreben des Gesetzgebers nach einer möglichst unabhängigen Stellung der erwerbstätigen Frau. Sie kommt dadurch zu völlig unhaltbaren Ergebnissen und setzt sich geradezu in Widerspruch zu dem Geiste der Rechtsprechung, der in neuerer Zeit mehr noch als früher darauf hinausgeht, ein lebendes Recht zu schaffen, das sich freimacht

von den Buchstaben des Gesetzes und eine Entscheidung bringt, die den tatsächlichen Verhältnissen Rechnung trägt.

Es ist richtig, daß der Gesetzgeber mit keinem Wort darauf eingeht, was mit dem Erwerbsgeschäft wird, das die Ehefrau mit in die Ehe bringt. Daher galt es nunmehr, diese im Gesetz befindliche Lücke auszufüllen. Dabei mußte man sich aber immer vor Augen halten — worauf bereits früher hingewiesen ist —, daß eine Ausfüllung der güterrechtlichen Bestimmungen unter dem Gesichtspunkt erfolgen muß, der selbständig erwerbenden Frau möglichst weitgehende vermögensrechtliche Unabhängigkeit einzuräumen, um ihr das wirtschaftliche Fortkommen zu erleichtern. Eine solche Ueberlegung läßt die herrschende Ansicht völlig vermissen. Da das Gesetz in § 1367 lediglich den Erwerb als Vorbehaltsgut bestimmt, von dem Erwerbsgeschäft als solchem aber nichts sagt, bleibt es für die herrschende Lehre bei der Regel, daß alles Eingebrachte der männlichen Verwaltung und Nutznießung unterliegt. Der Wortlaut des Gesetzes mag zunächst für die herrschende Lehre sprechen. Wenn man sich aber die einzelnen Folgen einer solchen Entscheidung vor Augen führt, ergibt sich das Unhaltbare dieser Auffassung. Die Ansicht der herrschenden Lehre führt zu Ergebnissen, die mit den Bedürfnissen des praktischen Lebens schlechterdings nicht zu vereinigen sind, oder die, wie RG. Bd. 59 S. 29 ausführt, „dem Bedürfnis des Rechtsverkehrs und den Anforderungen der Billigkeit widersprechen." Es würde sich nach kurzer Zeit folgender Zustand ergeben: Ein Teil der Ware, der ursprüngliche und mit in die Ehe gebrachte Geschäftsbestand, würde dem ehemännlichen Verwaltungs- und Nutznießungsrecht unterliegen, während der andere Teil, nämlich die nach der Eheschließung im Fortgang des Betriebes angekauften Waren, als Erwerb im Sinne von § 1367 dem Vorbehaltsgut zufallen würde. Der Kassenbestand würde, soweit er noch aus der Zeit vor der Ehe herrührt, dem Eingebrachten, soweit er erst während der Ehe eingegangen ist, dem Vorbehaltsgut zufallen. Das Geschäft, das nach einheitlichen Grundsätzen geführt werden muß, würde also rechtlich aus zwei verschiedenen Vermögensmassen bestehen. Das Warenlager würde aus zwei rechtlich verschiedenen Beständen zusammengesetzt sein. Nach einiger Zeit aber schon würde man die ursprünglich vorhandenen und später hinzugekommenen Bestände nicht mehr oder nur sehr schwer auseinanderhalten können. In der Kasse würde durch die Vermischung zweier rechtlich verschiedener Geldmassen jedes Stück zu einer bestimmten Quote Eingebrachtes, zu der anderen Vorbehaltsgut sein, was natürlich sehr schwer feststellbar sein würde. Ein solcher Zustand, eine solche Scheidung der Vermögensmassen, ist im Interesse eines reibungslosen Fortgangs des Geschäfts unhaltbar. Besonders eigenartig ist aber das Ergebnis der herrschenden Lehre, daß der Mann auf Grund seines Verwaltungsrechts über die ursprünglich vorhandenen Waren- und Kassenbestände eigenmächtig verfügen könnte. Er wäre in der Lage, diese ihm auf Grund seiner eheherrlichen Rechte zustehenden Bestände, soweit sie Geld oder verbrauch-

bare Sachen sind, an sich zu bringen und aus dem Geschäft herauszuziehen. Dieses Recht räumt ihm § 1376 Ziffer 1 ein, ohne Rücksicht darauf, ob diese Verfügung zum Nutzen oder Schaden des Geschäftes geschieht. Es liegt auf der Hand, daß der Mann durch derartige Machenschaften den Geschäftsbetrieb seiner Ehefrau einengen, ja sogar zum Zusammenbruch bringen kann, ohne daß der Frau ein Mittel hiergegen gegeben ist.

Die Vertreter der herrschenden Ansicht verkennen selbst nicht, daß ihre Auffassung offenbare Schwierigkeiten bereitet und zu schwer erträglichen oder doch zum mindesten unsicheren Zuständen führt. Sie gehen aber mit einer erstaunlichen Leichtigkeit über diese Bedenken hinweg, indem sie einmal raten, diese mißliche Rechtslage durch Abschluß eines Ehevertrages zu verbessern. (Planck § 1367 Anm. 6a; Staudinger Anm. 3c; JW. 1915 S. 1009). Diese Verweisung auf den Ehevertrag ist aber völlig ungenügend. Im deutschen Volke ist der Abschluß eines Ehevertrages etwas Unbeliebtes. Es besteht eine sehr verbreitete Antipathie gegen Entrichtung von Abgaben jeder Art, auch gegen Leistung gerichtlicher oder notarieller Gebühren. Zudem sind die Gebühren bei Abschluß eines solchen Ehevertrages durchaus nicht so gering, besonders, wenn man die Verhältnisse der Kreise berücksichtigt, in denen die Frau eine Erwerbstätigkeit ausüben muß. Die herrschende Meinung tröstet sich weiter damit, daß solche wirtschaftlich unhaltbaren Zustände nicht vorkämen, solange der Ehemann mit dem Betriebe des Erwerbsgeschäftes überhaupt einverstanden sei. Aber gerade diese Konsequenz hätte die Vertreter dieser Ansicht stutzig machen müssen. Auch der Hinweis, das Eingebrachte würde nach und nach ganz in das Vorbehaltsgut übergehen und so allmählich jeder Einfluß des Mannes in dem Geschäftsbetrieb seiner Frau verschwinden, ist nicht im geringsten geeignet, die Bedenken gegen die herrschende Ansicht zu zerstreuen. Das praktische Ergebnis dieser herrschenden Ansicht ist tatsächlich das, daß von einer Selbständigkeit der ein Erwerbsgeschäft betreibenden Ehefrau nicht mehr die Rede sein kann. Was das Gesetz der Frau mit der einen Hand gibt, um sie wirtschaftlich unabhängig zu stellen, indem es den von ihr gezogenen Erwerb zu Vorbehaltsgut macht, nimmt es ihr mit der anderen Hand wieder fort, indem es das Erwerbsgeschäft selbst der Verwaltung des Mannes unterstellt.

b) zur Dernburg'schen Lehre.

Diesen offenkundigen Mängeln der herrschenden Lehre, welche die Möglichkeit eines in seinen rechtlichen Schicksalen zerrissenen Geschäftsvermögens zuläßt, ist Dernburg entgegengetreten. Dernburg ist zweifellos von dem richtigen Gedanken geleitet worden, die Ehefrau möglichst selbständig zu stellen. Es muß auch zugegeben werden, daß das Prinzip Dernburgs insofern ein praktisch erfreuliches Ergebnis hat, als nach ihm nur *ein* Wille, nämlich der der Frau, das Unternehmen beherrscht, da die Frau zur Verfügung über ihr Vorbehaltsgut nicht der Zustimmung des Mannes bedarf. Manche offenbaren Härten und, vom praktischen und wirtschaftlichen Stand-

punkt aus betrachtet, auch unhaltbaren Zustände würden dadurch vermieden. Andererseits darf aber nicht verkannt werden, daß der von Dernburg vertrenenen Ansicht theoretisch schwere Bedenken entgegenstehen die doch schließlich um des praktischen Wertes Willen nicht einfach übergangen werden dürfen. Wenn das Ergebnis, zu welchem Dernburg kommt, auch praktischer und vielleicht gerechter ist, so darf das doch nicht dazu verleiten, den Weg, auf dem es erreicht wird, einfach gutzuheißen, ohne zu prüfen, ob dieser Weg mit den gesetzlichen Bestimmungen in Einklang zu bringen ist.

Wenn Dernburg nicht nur die ihrer Beschaffenheit nach für den persönlichen Gebrauch geeigneten Gegenstände, sondern auch solche, die erst infolge der Zweckbestimmung durch die Frau in diesen Kreis eingereiht werden, unter § 1366 bringt, so steht dem schon der Wortlaut des Gesetzes entgegen. § 1366 bestimmt ausdrücklich: „Vorbehaltsgut sind die ausschließlich zum persönlichen Gebrauch der Frau bestimmten Sachen." Zum persönlichen Gebrauch heißt aber nichts anderes, als zum Gebrauche für die Person der Frau. Um diesem Zwecke gerecht zu werden, ist aber zweierlei Voraussetzung. Einmal ein objektives Moment: die Zweckbestimmung muß ausschließlich auf die Frau hinweisen. Ferner ein subjektives Moment: die Sache muß für die Frau, und zwar gerade für die Ehefrau im konkreten Falle bestimmt sein. (Staudinger § 1366; Planck § 1366; RGRK. § 1366 Anm. 3; Enneccerus Band 4 § 46). „Es entscheidet der tatsächlich festgestellte Gebrauch nach der individuellen Lebensführung der einzelnen Frau". (Endemann Band 2 § 175 S. 343). Legt man bei der Untersuchung der Arbeitsgeräte im Sinne des § 1366 diesen Gesichtspunkt zugrunde, dann dürfte es unzweifelhaft sein, daß der Begriff Arbeitsgeräte in § 1366 nicht eine so weitgehende Auslegung verträgt, wie sie Hachenburg annimmt.

Wenn Dernburg dem § 1366 einen weiteren und einen engeren Sinn beilegt und dabei in ersterem Falle alles darunter verstanden haben will, was überhaupt zum selbständigen Gebrauch für die Frau bestimmt ist, so eliminiert er das Wort „persönlichen Gebrauch", indem er stattdessen einen anderen Begriff, nämlich „selbständigen Gebrauch" setzt. Es läßt sich wohl nicht abstreiten, daß hiermit etwas ganz anderes gemeint ist, besonders, wenn man noch berücksichtigt, daß das Gesetz von Sachen spricht, die ausschließlich zum persönlichen Gebrauch der Frau bestimmt sind. Diese persönliche Beziehung auf die Frau darf also auf keinen Fall ausgeschaltet werden. Sie liegt aber bei den durch den allgemeinen Ausdruck „die zur Ausübung ihres Berufes oder ihres Gewerbes dienenden Gegenstände" gekennzeichneten Sachen nicht vor, noch viel weniger, wenn man dem Gedankengang Dernburgs folgt, bei dem im Erwerbsgeschäft benutzten Gewerbekapital. Schließlich hätte § 1367 in dem Falle, wie ihn Dernburg annimmt, eine andere Fassung erhalten müssen. Man wird daher Kapitalien, wie sie ein Erwerbsgeschäft aufweist, nicht als Arbeitsgeräte im Sinne von § 1366 ansehen können. Vielmehr sind darunter nur Werkzeuge und ähnliche Gegenstände zu verstehen,

deren körperliche Substanz beim Geschäftsbetrieb verwendet wird, nicht aber Dinge, die lediglich als Wertträger Bedeutung haben. Man kann auch unmöglich ganz allgemein den Satz aufstellen, daß ein Unternehmen und sämtliche dazugehörigen Gegenstände stets zum persönlichen Gebrauch der Frau bestimmt sind, selbst wenn man davon absieht, daß das Gesetz ausdrücklich nur von Sachen, nicht auch von sonstigen Gegenständen spricht.

So praktisch die Ansicht Dernburgs im Ergebnis auch sein mag, und wie sehr sie auch dem Streben der Frau nach wirtschaftlicher Selbständigkeit gerecht wird, so ist doch der Weg, den Dernburg über § 1366 einschlägt, mit den gesetzlichen Vorschriften nicht in Einklang zu bringen. Dernburg interpretiert mehr in das Gesetz hinein, als aus ihm heraus.

§ 10.

Die Ansicht von Martin Wolff.

Verständlicherweise ist es nicht bei dieser einen, von Dernburg begründeten Ansicht geblieben. Das unbillige Ergebnis, zu dem die herrschende Lehre gelangt, forderte geradezu heraus, sie zu widerlegen und ihr eine bessere entgegenzustellen. So hat sich denn in den letzten Jahren eine dritte Ansicht verbreitet, deren Begründer man in Martin Wolff zu suchen hat.

Wolff geht von einem ganz anderen Gesichtspunkte aus. (Enneccerus Band 4 § 40). Bei der Frage, ob das von der Ehefrau mit in die Ehe gebrachte Erwerbsgeschäft Vorbehaltsgut sei oder nicht, müsse zwischen dem Erwerbsgeschäft als solchem, dem organisierten Unternehmen, und dem Geschäftsvermögen, den einzelnen ihm dienenden Gegenständen, unterschieden werden. Das Erwerbsgeschäft (das Unternehmen) sei, wenn von der Frau selbständig betrieben, Vorbehaltsgut auf Grund von § 1367. Indem § 1367 die Nutzungen des Erwerbsgeschäftes zu Vorbehaltsgut mache, erkläre der Gesetzgeber das Erwerbsgeschäft (das Unternehmen) als der ehemännlichen Nutznießung nicht unterworfen, demnach als nicht eingebracht. Denn an eine Trennung von Verwaltung und Nutznießung sei im gesetzlichen Ehegüterrecht nicht zu denken.

Eine andere Frage sei es aber, wie es mit dem Geschäftsvermögen, den zum Unternehmen gehörenden einzelnen Vermögensbestandteilen, stehe, die die Frau mit in die Ehe bringe. Dadurch allein, daß die Ehefrau Sachen, die zu ihrem Eingebrachten gehören, in ihrem Erwerbsgeschäft arbeiten lasse, würden diese noch nicht Vorbehaltsgut. Von Bedeutung aber sei die Einwilligung des Mannes in den Geschäftsbetrieb, sei es durch ausdrückliche Zustimmung, sei es stillschweigend. Hierdurch werde das Geschäftsvermögen Vorbehaltsgut, und zwar müsse man das aus § 1370 folgern, wonach Vorbehaltsgut das werde, was die Frau durch ein auf Vorbehaltsgut bezügliches Rechtsgeschäft erwerbe. Da das Erwerbsunternehmen selbst aber Vorbehaltsgut sei, sei der Erwerb der dem Unternehmen dienenden Betriebsmittel ein auf Vorbehaltsgut bezügliches Geschäft. Es

sei unerheblich, daß die Frau dieses Geschäft mit ihrem Ehemann schließe, und daß sie zum Vorbehalt Gegenstände erlange, die ihr bereits (als Eingebrachtes) gehörten. Wolff schließt seine Ausführungen mit einem Vergleich und meint, der Fall liege genau so, wie wenn der Ehemann seiner Frau für die Verwaltung ihres vorbehaltenen Landgutes Inventarstücke, die zum Eingebrachten gehörten, überließe; diese Stücke würden damit Vorbehaltsgut.

Dieser Ansicht von Wolff hat sich Düringer-Hachenburg (Band I Einl. Anm. 68) unter Aufgabe seiner früheren, im Sinne von Dernburg vertretenen Ansicht, im vollen Umfange angeschlossen. Auch Mitteis setzt sich in der Festgabe zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts (Band 3 S. 211) für die Ansicht von Wolff ein und spricht den Wunsch aus, daß das Reichsgericht, falls es einmal wieder zum Spruch käme, sich der von Wolff herausgearbeiteten Unterscheidung von Geschäftsvermögen und Unternehmen bedienen möchte.

In diesem Zusammenhang sei auch auf die Ansicht von Cosack hingewiesen. Als eigentlicher Anhänger der Lehre von Wolff kann er zwar nicht bezeichnet werden, denn er geht bei seinen Ausführungen nicht von der Unterscheidung zwischen Unternehmen und Geschäftsvermögen aus, wie sich auch sonst nicht der geringste Hinweis auf die Ansicht von Wolff bei ihm findet. Aber auch Cosack kommt zu dem Ergebnis, daß das von der Frau betriebene Erwerbsgeschäft im ganzen zum Vorbehaltsgut gerechnet werden müsse. (Band 2 § 53 S. 168 ff.). Indem das Gesetz den Erwerb aus dem Geschäft ausdrücklich der Frau zuspreche, spreche es dem Mann zugleich stillschweigend die Nutznießung ab und scheide damit das Geschäft samt allem, was dazu gehöre, aus dem eingebrachten Gut aus. Alles aber, was nicht eingebrachtes Gut sei, gelte als Vorbehaltsgut.

§ 11.

Stellungnahme zur Wolff'schen Ansicht.

Der Auffassung dieser Rechtsgelehrten (Wolff, Düringer-Hachenburg, Mitteis), daß nicht allein der in dem Gewerbebetrieb erzielte Erwerb, sondern auch der Geschäftsbetrieb als solcher Vorbehaltsgut werde, kann nur beigepflichtet werden. Im anderen Falle würde man dem Willen des Gesetzgebers Gewalt antun müssen und die erwerbende Frau, entgegen dem Streben des Gesetzes nach ihrer Unabhängigkeit, der Willkür des Mannes ausliefern.

Der Weg, den die Vertreter dieser Ansicht einschlagen, um zu ihrem Ergebnis zu kommen, dürfte der einzig richtige sein, der zu einem der Frau gerecht werdenden Ziele führt. In dem Mangel einer kritischen Zergliederung des Handelsvermögens wird man den Grund suchen müssen, daß die beiden vorher genannten Auffassungen zu keinem befriedigenden Ergebnis führen. Wenn man früher noch nicht zwischen dem Erwerbsgeschäft als organisiertem Unternehmen und

den einzelnen ihm dienenden Gegenständen unterschieden hat, so ist das nicht so sehr verwunderlich. Das heutige Unternehmen ist eine Schöpfung der Neuzeit, es hat sich in Umfang und Organisation erst nach Abschluß der heutigen Kodifikation als ein Grundgebilde unserer Wirtschaft allgemein verbreitet (Oppikofer S. 1 f.). Der Begriff des Unternehmens, wie wir ihn heute verstehen, war bei der Entstehung des BGB. noch nicht bekannt, unsere Gesetzgebung hat ihm deshalb auch keine Beachtung zuteil werden lassen. Erst im Laufe der Jahre hat sich der Begriff des Unternehmens entwickelt. Vordem verstand man unter einem Erwerbsgeschäft lediglich die einzelnen Gegenstände des Geschäftsvermögens, an die Rechtslage des Unternehmens als solches dachte man überhaupt nicht. Wenn Wolff also dazu überging, diesen Unterschied zwischen Unternehmen und Geschäftsvermögen herauszuschälen, füllte er damit lediglich eine im Gesetz befindliche Lücke aus (Mitteis a. a. O. S. 211).

Es ist eine sehr umstrittene Frage, ob das Unternehmen als solches fähig ist, als selbständiges Rechtsobjekt gewertet zu werden, wie auch über den Begriff und das Wesen des Unternehmens in der Wissenschaft noch Unklarheit herrscht.

Wie bereits hervorgehoben, ist unserer Gesetzgebung der Begriff des Unternehmens nahezu völlig fremd geblieben. Nur vereinzelt findet sich der Ausdruck „Unternehmen" (z. B. §§ 191 HGB., 151 Abs. 2 VVG.). Im § 151 Abs. 1 VVG. wird aber zur Begründung desselben Gegenstandes das Wort „Betrieb" gebraucht. Neben diesem letzteren Ausdruck findet sich noch häufig die Bezeichnung „Handelsgeschäft" oder „Erwerbsgeschäft" (§§ 1822 Ziffer 3 und 4 BGB. 22 ff. HGB., 5. Pat. Ges., 7 WZG., 14 UWG.). Die Gesetzgebung führt in diesen Bestimmungen das „Erwerbsgeschäft" oder den „Betrieb" als Gegenstand obligatorischer Rechte und dinglicher Rechte an. Das Rechtsobjekt, um das es sich in allen diesen Fällen handelt, ist aber nicht identisch mit dem Handels- oder Geschäftsvermögen, das dem Unternehmen dienende Vermögen, kaum eine der eben angeführten Bestimmungen hat die Uebertragung dieses Inbegriffs im Auge. Klar ergibt sich das für die §§ 22 ff. HGB. aus § 25. der den Erwerb des Geschäfts und den Nichterwerb der Geschäftsaktiven voraussetzt. Vielmehr ist unter den vom Gesetz gebrauchten Ausdrücken das Unternehmen im objektiven Sinne zu verstehen.

Bei einem Unternehmen handelt es sich um einen Tätigkeitsscheiden die Arbeitstätigkeit des Unternehmers, das Geschäftsvermögen und schließlich die tatsächlichen Beziehungen von Vermögenswert. Vielfach wird das Unternehmen definiert als der Inbegriff von Sachen, Rechten und tatsächlichen Beziehungen (Enneccerus Bd. 1 § 125 a I, von Gierke § 14 S. 54, Wieland Bd. 1 S. 240, Katz in ZHR. Bd. 70 S. 80, Salinger in Gruch. Bd. 62 S. 298).

Bei der rechtlichen Betrachtung des Unternehmens sind zu unterinbegriff im Gegensatz zum Vermögensinbegriff (Wolf in Festg. f. O. Gierke, Bd. 2 S. 120 Anm. 15). Das Unternehmen ist ein Rechtsgut, während das Geschäftsvermögen als Rechtsinbegriff an-

zusprechen ist. Es tritt durch seine Organisation und seinen Betrieb in die „sichtbare Welt der Erscheinung" (Pisko S. 202). Das Unternehmen muß daher streng geschieden werden von dem Geschäftsvermögen. Für den Begriff des Unternehmens sind einmal wesentlich die tatsächlichen Beziehungen (Chancen). Man versteht hierunter die wirtschaftlichen Beziehungen, die eine günstige Aussicht für eine gewinnbringende Ausübung des Geschäfts eröffnen, wie z. B. Kundschaft, Absatzgebiet, Kredit, Bezugsquellen, Betriebsgeheimnisse, Betriebsorganisation usw. Diese Chancen sind mit dem objektivierten Unternehmensbegriff unlöslich verknüpft (Eckhardt S. 5). Nach § 23 HGB. ist die Uebertragung des Unternehmens ohne die Betriebschancen ausgeschlossen; von dem juristischen Tod des Unternehmens kann nur dann die Rede sein, wenn die Chancen erloschen sind (RG. 110 S. 422 ff.). Hieraus ergibt sich klar, daß die Chancen die wesentlichste Seite des Unternehmens bilden, daß sie die Eigenschaft des organisierten Betriebes selbst sind. (Eckhardt S. 5). Ein Unternehmen ohne Chancen ist undenkbar, denkbar ist dagegen ein solches ohne die das Geschäftsvermögen bildenden körperlichen Sachen und Rechte. Damit bildet das Geschäftsvermögen auch keinen begriffswesentlichen Bestandteil des Unternehmens. Soweit Vermögen vorhanden ist, wie das gewöhnlich der Fall ist, steht es zum Unternehmen in einem untergeordneten Verhältnis. worauf später in anderem Zusammenhang noch eingegangen werden soll.

Zu den begriffswesentlichen Merkmalen des Unternehmens wird man aber auch noch die bereits erwähnte Arbeitstätigkeit des Unternehmers rechnen müssen. Die hierunter fallende Sachkenntnis. Geschäftsgewandtheit, Energie usw. des Unternehmers sind keineswegs unübertragbar, wie Oppikofer (S. 11) meint. Zutreffend führt Ruth (Arch. f. Ziv. Pr. Bd. 129 S. 108) aus, daß es gerade die Unternehmertätigkeit ist, die in die Massen von Sach- und Immaterialgüter erst Leben bringt. Eine Uebertragung dieser Werte ist denkbar in der Form z. B., daß der bisherige Unternehmer seine Tätigkeit und seine Erfahrungen dem Uebernehmer weiterhin zur Verfügung stellt.

Diese Betriebschancen im Zusammenwirken mit den Werten der Arbeitstätigkeit machen das Wesen des Unternehmens aus. Zum wesentlich gleichen Ergebnis kommen Pisko (S. 19 u. i. Ehrenb. Hdbch. Bd. 2 S. 198), Müller-Erzbach (§ 18 S. 72 u. ZHR. Bd. 71 S. 420); Lehmann (§ 25); Isay (S. 22 ff.). M. E. fassen Pisko und Müller-Erzbach den Begriff aber etwas zu eng auf, wenn sie ihn nur auf die wichtigsten tatsächlichen Beziehungen abstellen.

Diese hier dargelegte Begriffsbestimmung berücksichtigt also ausschließlich die rein geistige Organisation. Demgegenüber steht Oppikofer auf dem Standpunkt, daß die durch die Organisationstätigkeit des Unternehmers geschaffenen Werte „keine selbständigen Objekte, sondern Eigenschaften einer Vielheit von Gütern und Kräften, und die Organisation und ihr Objekt im Wirtschaftsleben miteinander verwachsen" seien. Eine rechtlich getrennte Behandlung sei daher

nicht zulässig (S. 7). Oppikofer betrachtet daher das Unternehmen als „eine durch subjektive wirtschaftliche Zuordnung geschaffene Organisation von Gütern und Arbeitskräften, die unabhängig von der Persönlichkeit des Organisierenden dauernd demselben Zweck zu dienen bestimmt ist" (S. 20). Auch bei der oben vertretenen Ansicht wird keineswegs die Bedeutung jener Güter und Kräfte, die den Gegenstand der Unternehmertätigkeit bilden, verkannt, nur wird ihnen eine untergeordnete Rolle gegenüber dem Unternehmen zugewiesen. Dagegen sucht Oppikofer „die tote Materie mit geistigem Inhalt zu füllen und richtet den Blick vor allem auf die gesteigerte Nutzungsmöglichkeit der von dem Unternehmen erfaßten Wirtschaftsgüter" (Ruth a. a. O. S. 108). Er verkennt allerdings auch nicht den Wert der Unternehmerpersönlichkeit. Trotzdem will er ein Unternehmen als Rechtsobjekt nur da anerkennen, wo in der Organisation ein unpersönliches Element neben das persönliche tritt und diesem annähernd die Wagschale hält. (S. 10). Damit würden aber Unternehmungen ausgeschlossen, in denen die Persönlichkeit des Unternehmers eine überragende Rolle spielt, wie z. B. bei einem Arzt oder einem Anwalt (so mit Recht Ruth S. 108).

Ein der Uebertragung fähiges einheitliches Recht am Unternehmen ist dem geltenden Recht nicht bekannt. Grundsätzlich sind daher keine Sachenrechte insbesondere kein Eigentum an dem Unternehmen als Einheit möglich. Der Verkehrsanschauung, das Unternehmen als einheitliches Objekt am vermögensrechtlichen Verkehr teilhaben zu lassen, hat die reichsgerichtliche Rechtsprechung aber nachgegeben, indem sie unkörperliche Geschäftswerte, wie Kundschaft, Geschäftsgeheimnisse und das Geschäft als solches selbst als mögliche Objekte eines Kauf- oder Pachtvertrages betrachtet und auf solche Verträge die Vorschriften der §§ 459 ff. entsprechend anwendet. (67 S. 86; 69 S. 432; 70 S. 22; 98 S. 292; 110 S. 432). Aus dieser Stellung des Reichsgerichts geht die Tendenz hervor, das Unternehmen in seiner Organisation als einem einheitlichen Vermögenswert als Gegenstand im Sinne des BGB. zu behandeln. Das RG. hat denn auch ein subjektives Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb anerkannt und bei dessen Verletzung einen Schadensersatz nach § 823 Abs. 1 zugesprochen. (94 S. 248; 102 S. 225; 109 S. 276; 126 S. 90; 135 S. 40). Auch die Gestaltung, die das Gesetz dem elterlichen Nutznießungsrecht gegeben hat, berechtigt zu der Auffassung, daß das Unternehmen ein Ganzes bildet, denn der Vater hat nach § 1655 nicht ein Anrecht auf die Nutzungen der einzelnen zu dem Unternehmen gehörigen Gegenstände, sondern lediglich auf den Ertrag, den das Unternehmen als solches abwirft.

Mit der Selbständigkeit des Unternehmens als solchem ist dieses ebenso den güterrechtlichen Bestimmungen des Gesetzes unterworfen, wie jeder andere zum Frauenvermögen gehörende Gegenstand. Es muß demnach als selbständiges Vermögenselement einer der beiden vom Gesetz geschaffenen Gütermassen zugehören, muß also Vorbehaltsgut oder Eingebrachtes sein. Dieses rechtliche Schicksal des

Unternehmens regelt der Gesetzgeber aber nicht durch eine positive Vorschrift, sondern eine diesbezügliche Bestimmung findet sich nur in mittelbarer Form. Indem der gezogene Erwerb für Vorbehaltsgut erklärt und somit der Frau zugesprochen wird (§ 1367), wird zugleich auch dem Manne, worauf Wolff mit Recht hinweist, die Nutznießung des ganzen Unternehmens abgesprochen. Damit ist aber auch die Quelle des Erwerbes, nämlich das Erwerbsgeschäft, notwendigerweise Vorbehaltsgut. Denn gehörte es zum Eingebrachten, so müßte der Mann auch die Nutzung davon haben. Eingebrachtes Gut, an dem die Nutznießung des Mannes kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, kennt das BGB. aber nicht.

Dernburg hatte diese Frage ebenfalls bereits angeschnitten. (D.J.Z. 02 S. 465). Die herrschende Lehre ist darüber aber mit einem einzigen Satz hinweggegangen, indem sie erklärt, allein aus dem Umstand, daß das Erwerbsgeschäft der Nutznießung durch den Mann entzogen sei, könne nicht seine Vorbehaltsgutseigenschaft geschlossen werden. Aus dieser kurzen Stellungnahme geht aber eindeutig hervor, daß die herrschende Lehre das Wesen der Verwaltungsgemeinschaft und vor allem das Verhältnis zwischen Verwaltungs- und Nutznießungsrecht vollkommen verkannt hat.

Das durch die Eingehung der Ehe begründete Recht des Mannes auf Verwaltung und Nutznießung des eingebrachten Gutes ist ein einheitliches, welches sich, seinem Zweck entsprechend, nach verschiedenen Richtungen betätigt. Der Zweck dieses Rechts des Mannes, das eingebrachte Gut den Interessen der Ehe dienstbar zu machen, erfordert in formeller Beziehung die Einräumung der Verwaltungsbefugnis, in materieller Beziehung die Einräumung der Nutznießungsbefugnis. Aber nur beide zusammen können die Grundlage des gesetzlichen Güterstandes bilden. Das Wesen der Verwaltungsgemeinschaft besteht eben darin, daß Verwaltung und Nutznießung des Mannes eng miteinander verbunden sind. Keines kann ohne das andere ent- oder bestehen.

Bei der Beratung des gesetzlichen Güterstandes in der 2. Kommission (Protokolle Band 4 S. 120) wurde bezüglich des Verhältnisses der Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes zueinander ausgeführt, das Verwaltungsrecht des Mannes sei nicht nur ein Ausfluß seines Rechts zur Nutzung des Frauengutes, vielmehr stehe dem Manne dieses Verwaltungsrecht unabhängig von seinem Nutznießungsrecht kraft seiner familienrechtlichen Stellung zu. Das Verwaltungsrecht würde ihm also auch dann gebühren, wenn er das Nutzungsrecht nicht hätte. Hiergegen wurde aber erwidert, daß geschichtlich allerdings das Verwaltungsrecht des Mannes, der Ausfluß der ehemännlichen Vormundschaft, das wesentliche gewesen sei. Für das heutige Recht stehe aber gerade die Nutznießung im Vordergrunde. Der Ehemann erwerbe die Nutzungen des Vermögens seiner Frau, um dadurch einen Beitrag zu den durch die Ehe erwachsenden Lasten mit der seiner Stellung als Familienoberhaupt

entsprechenden Selbständigkeit und Freiheit zu erhalten. Hierin liege das Schwergewicht seines Rechts am Frauengut.

Das Verhältnis von Nutzungsrecht und Verwaltungsrecht ist nach seinen eigenen Bestimmungen, aus seinem eigenen Geiste heraus zu erklären, nicht aber nach Reminiszenzen der Vergangenheit. Die Ehefrau ist in keiner Weise in ihrer Geschäfts- oder Prozeßfähigkeit beschränkt, der Mann somit auch nicht ihr gesetzlicher Vertreter. Sein Recht zur Verwaltung des Frauengutes hat demnach seine Unterlage allein in seinem Nutzungsrecht. Daher ist beides untrennbar verbunden. Beides kann nur zusammen entstehen, und der Verlust des einen Rechts zieht unweigerlich auch den Verlust des anderen Rechts nach sich. Diese Verbundenheit ergibt sich auch direkt aus dem Gesetz, das innerhalb der güterrechtlichen Bestimmungen beide Rechtsverhältnisse stets zusammen anführt. (Recht 08 S. 32). Ein etwaiger Vertrag, der dem Mann statt des Verwaltungs- und Nutznießungsrechts am Frauengut nur das Verwaltungsrecht oder nur das Nutznießungsrecht einräumen würde, wäre nichtig, da hierin ein Verstoß gegen das Wesen des gesetzlichen Güterstandes liegen würde.

Da nach den obigen Ausführungen ein Nutznießungsrecht des Mannes am Unternehmen der Frau nicht gegeben ist, kann auf Grund der engen Verbundenheit zwischen Nutznießungs- und Verwaltungsrecht auch letzteres nicht allein weiter bestehen. Da also weder ein Nutznießungs- noch Verwaltungsrecht für den Mann besteht, kann das Unternehmen auch nicht mehr eingebrachtes Gut sein, sondern ist Vorbehaltsgut geworden.

Hiermit ist aber erst ein Teil der uns beschäftigenden Frage gelöst. Der andere Teil, vielleicht — vom Standpunkt der Frau gesehen — der wichtigere, ist noch ungeklärt. Es ist das die Frage: Wie wird es mit den zum Unternehmen gehörigen Vermögensgegenständen?

Wenn Wolff grundsätzlich auf dem Standpunkt steht, daß diese Gegenstände an sich Eingebrachtes bleiben, aber im Falle der Zustimmung des Mannes in den Geschäftsbetrieb auf Grund von § 1370 Satz 3 Vorbehaltsgut werden, so kann dieser Ansicht nicht ohne weiteres beigetreten werden, wenn auch nicht verkannt werden soll, daß sich praktische Erfolge bei dieser Ansicht nicht verleugnen lassen.

Zunächst muß darauf hingewiesen werden, daß von einem Rechtsgeschäft im Sinne von § 1370 überhaupt nicht die Rede sein kann, wenn lediglich die Einwilligung des Mannes in den Erwerbsbetrieb vorliegt. Anscheinend will Wolff dies auch nicht so aufgefaßt wissen, sondern er hat an eine Einwilligung des Mannes in die Verwendung von eingebrachten Sachen in den Geschäftsbetrieb gedacht. In diesem Sinne hat auch Düringer-Hachenburg (Einl. Anm. 68) die Lehre von Wolff aufgefaßt. Beides muß aber scharf getrennt werden. Die Einwilligung in den Betrieb überhaupt ist

ſtreng zu unterſcheiden von der ausdrücklichen oder ſtillſchweigenden Ueberlaſſung der Gegenſtände zur Verwendung im Geſchäftsbetrieb. Die Heranziehung des § 1370 Satz 3 iſt nicht von der Hand zu weiſen, dient doch dieſe Alternative, wie ſchon die Motive (Band 4 S. 178) hervorheben, gerade dazu, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung und Erhaltung des Vorbehaltsgutes unentbehrlichen Mittel der erwerbstätigen Ehefrau zu ſichern.

Das beſondere Erfordernis des § 1370 Satz 3, der objektiv und ſubjektiv, d. h. im Willen der Frau begründete wirtſchaftliche Zuſammenhang des Rechtsgeſchäfts mit dem Vorbehaltsgut, liegt in dem unentgeltlichen Austauſch zwiſchen den beiden Vermögensmaſſen der Frau offenbar vor. Da es ſich bei der Ueberlaſſung von Sachen des eingebrachten Gutes ſeitens des Mannes nicht um einen ſpezifiſch güterrechtlichen Erfolg, ſondern um einen Vertrag handelt, der unter Ehegatten wie unter Nichtehegatten geſchloſſen werden kann (v. Tuhr Band I 1 S. 338), ſo iſt auch die Form des Ehevertrages nicht erforderlich. Schließlich iſt auch der Umſtand gleichgültig, daß auf dieſem Wege die Frau Gegenſtände zu Vorbehaltsgut erlangt, die bereits als Beſtandteile des eingebrachten Gutes erſcheinen. Denn für ſolche Geſchäfte gilt, worauf von Tuhr (S. 338) zutreffend hinweiſt, das gleiche, wie wenn die Vermögensverſchiebung zwiſchen Vermögensmaſſen zweier verſchiedener Subjekte ſtattfindet.

Man wird daher keine Bedenken zu tragen brauchen, Wolff's Löſung anzuerkennen, ſoweit die Frau mit Genehmigung ihres Mannes eingebrachte Sachen in dem von ihr ſelbſtändig betriebenen Erwerbsgeſchäft arbeiten läßt. Man wird aber inſoweit eine Einſchränkung machen müſſen, als man ſich der Wolff'ſchen Anſicht nur für den Fall anſchließt, daß die Genehmigung ſeitens des Mannes ausdrücklich erfolgt iſt. Inſoweit wird man keine Bedenken tragen, den § 1370 Satz 3 als vorliegend anzuſehen. Dagegen läßt es ſich nicht leugnen, daß die Frage ſchwer zu entſcheiden iſt, wenn die Frau eingebrachte Sache in ihrem Erwerbsgeſchäft lediglich arbeiten läßt und der Mann ihr dieſe Sachen nur ſtillſchweigend überlaſſen hat. Die Grenze zwiſchen dieſen beiden Möglichkeiten iſt nicht nur überaus flüſſig, man kann wohl ruhig behaupten, daß die zweite Möglichkeit kaum in Betracht kommt. Denn da der Ehemann regelmäßig wiſſen wird, ob ſeine Frau ein Geſchäft betreibt, ſo müßte nach Wolff's Anſicht, wenn der Mann trotz dieſer Kenntnis keinen Widerſpruch gegen die Verwendung der Sachgüter im Unternehmen ſeiner Frau erhebt, er ſtets ſtillſchweigend ſeiner Frau das Warenlager zum Umſatz im Geſchäft überlaſſen haben. Ob man aber ſoweit gehen darf, die vielleicht etwas dunkle Klauſel des § 1370 Satz 3 in der in § 1405 Abſ. 2 angegebenen Richtung extenſiv auszulegen, erſcheint doch ein wenig zweifelhaft. Andernfalls müßten die Sachgüter in jedem Falle Vorbehaltsgut werden, wenn der Ehemann den Geſchäftsbetrieb in Gemäßheit der Vorſchrift des § 1405 genehmigt und die Ehefrau dann, was wohl in der

Regel der Fall sein wird, die vorher zum Eingebrachten gehörigen Sachen in dem Erwerbsgeschäft arbeiten läßt. Wie aber bereits vorher betont, muß streng unterschieden werden zwischen der Einwilligung in den Geschäftsbetrieb überhaupt und der Genehmigung der Verwendung der eingebrachten Güter in diesem Geschäft. Nur im letzteren Fall kann von einem Rechtsgeschäft im Sinne des § 1370 gesprochen werden. Im Gegensatz zu § 1405 setzt § 1370 Satz 3 daher eine beim Erwerb ausdrücklich geäußerte oder doch aus den ganzen Umständen sich ergebende Willensrichtung der Ehefrau voraus, bei der Ueberlassung der zum eingebrachten Gute gehörigen Sachgüter für ihr Vorbehaltsgut wirtschaftlich tätig zu sein und ihm den Erwerbserfolg zuzuführen. Ein solcher Wille liegt aber zweifelsohne nicht vor, wenn der Ehemann ohne jedes weitere Zutun seiner Ehefrau stillschweigend das zum eingebrachten Gut gehörige Warenlager in dem von ihr betriebenen Geschäft arbeiten läßt. Es mag auch darauf hingewiesen werden, daß bei der von Wolff vertretenen Ansicht § 1405 vollkommen überflüssig sein würde, da ja nach Wolff's Problem die eingebrachten Gegenstände bereits Vorbehaltsgut geworden sind und somit die Schaffung einer freieren Stellung der Frau sich vollkommen erübrigt, da sie bereits vorhanden ist.

Bei der hier vertretenen Ansicht würde natürlich die Wolff'sche Ansicht wesentlich an Durchschlagskraft verlieren. Denn wenn ein Ehevertrag nicht geschlossen ist, wird zwar im Sinne von § 1405 die ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung des Mannes zum Geschäftsbetrieb selbst in der Regel vorliegen, aber darüber hinaus wird der Mann nicht noch besonders aussprechen, daß er seiner Frau die zum Geschäft gehörigen Vermögensstücke ausdrücklich überlasse.

Man kann sich somit der Erkenntnis nicht verschließen, daß dort, wo die güterrechtlichen Interessen sich überhaupt erst kreuzen, nämlich bei Unternehmen, in denen die Sachgüter eine große Rolle spielen, auch die Lösung von Wolff in der Regel die freie Stellung, die der Frau nach der Tendenz des Gesetzgebers zukommen müßte, in dem wünschenswerten Umfange nicht geben kann und sich lediglich auf die Fälle beschränkt, in denen eine ausdrückliche Erklärung beider Ehegatten vorliegt, die Sachgüter in dem Erwerbsgeschäft zu verwenden.

Man kommt aber auch mit der Theorie von Wolff zu einem anderen vernünftigen Ergebnis. Was Wolff über das Unternehmen als solches ausführt, soll in keiner Weise angegriffen werden, vielmehr auch für die folgenden Ausführungen als Grundlage dienen.

Wir haben gesehen, daß Unternehmen und Geschäftsvermögen voneinander zu unterscheiden sind. Andererseits muß aber wieder darauf hingewiesen werden, daß zwischen beiden Rechtsobjekten starke Verbindungen bestehen, die dazu zwingen, die beiden Rechtsbegriffe ihrer rechtlichen Natur nach einheitlich zu behandeln, soweit nicht besondere Gründe dagegen stehen. Diese enge Verbindung zeigt sich darin, daß ein Unternehmen wohl ohne Geschäftsvermögen bestehen

kann, aber nicht auch umgekehrt. Ein Geschäftsvermögen ohne Unternehmen ist undenkbar. Das Geschäftsvermögen muß irgend einen Zweck haben und der besteht eben darin, dem Unternehmen zu dienen. Bei diesem Verhältnis kann man die Rechtsobjekte auch nicht willkürlich voneinander trennen und sie verschiedenen Vermögensmassen zuweisen. Damit würde man zu dem gleichen unhaltbaren Ergebnis kommen wie die herrschende Lehre. Zu einer gerechten Lösung wird man nur dann gelangen, wenn man einen Weg findet, der das Unternehmen und die in ihm arbeitenden Vermögenswerte nach einheitlichem Rechtsgrundsatz behandelt. Dieser läßt sich m. E. herleiten aus dem bereits oben angedeuteten Verhältnis zwischen Unternehmen und den einzelnen Vermögensstücken. Jeder Verkauf oder Ankauf von Waren geschieht unter dem Gedanken des Vorteils für das Geschäft (Unternehmen). Um das Unternehmen praktisch durchführen zu können, bedarf es ferner vielfach gewisser Maschinen, Gerätschaften und anderer dem Betriebe dienender beweglicher Sachen. Der Gesetzgeber bezeichnet diese Sachen im § 98 zwar als Sachzubehör, in Wahrheit sind sie aber Unternehmenszubehör, (RG. 50 S. 243; Wolff in Ehrenb. Handbuch IV 1 S. 17). Wie das Zubehör dazu bestimmt ist, der Hauptsache zu dienen und zu dieser in einem Abhängigkeitsverhältnis steht, so dienen in gleicher Weise diese Vermögensstücke dem Unternehmen. Man kann sehr wohl auch von einem Abhängigkeitsverhältnis sprechen, wenn man das Unternehmen als Basis ansieht, auf der sich das Vermögen aufbaut. Der Gesetzgeber geht davon aus, daß Zubehör und Hauptsache grundsätzlich das gleiche Rechtsschicksal teilen sollen; der wirtschaftlichen Zusammengehörigkeit soll auch die rechtliche entsprechen. So bestimmt § 314, daß, soweit sich jemand zur Veräußerung einer Sache verpflichtet, sich diese Verpflichtung im Zweifel auch auf das Zubehör der Sache erstreckt. Der gleiche Gedanke findet sich noch in den §§ 1031, 1062 und 1120. Aus diesen gesetzlichen Bestimmungen geht eindeutig die Absicht des Gesetzgebers hervor, den wirtschaftlichen Zusammenhang der Hauptsache mit dem Zubehör dagegen zu schützen, daß er unnötig zerrissen wird. Dieser Gedanke der Wahrung der Einheitlichkeit im Interesse des Ganzen muß aber auch bei einem Erwerbsgeschäft berücksichtigt werden. Wie das Zubehörstück stehen die einzelnen Vermögensbestandteile in erkennbarem tatsächlichem Zusammenhang mit dem Unternehmen, sie dienen zu dessen Durchführung und Erhaltung. Man wird daher das Unternehmen selbst als Hauptsache und die ihm dienenden Vermögensstücke als Zubehör betrachten können. § 97 ff. und die auf diesen Vorschriften aufgebauten oben genannten einzelnen Bestimmungen setzen als Hauptsache Sachen (körperliche Gegenstände) voraus, nur diese werden für fähig gehalten, Zubehör zu haben. Mit Recht weist Oppikofer (a. a. O. S. 117) darauf hin, daß der geltende Zubehörbegriff für das heutige moderne Unternehmen veraltet ist. Auch Wolff (a. a. O. S. 17) fordert mit Rücksicht auf die Unzulänglichkeit des bürgerlich-rechtlichen Zubehörbegriffs eine Erweite-

rung desselben im Hinblick auf das Unternehmenszubehör. Solange aber der Gesetzgeber die Regelung eines neuen der wirtschaftlichen Unternehmenszugehörigkeit entsprechenden Zubehörbegriffs noch nicht getroffen hat, wird man keine Bedenken tragen, in analoger Anwendung die Vorschriften über das Verhältnis von Zubehör und Hauptsache auch für das Erwerbsgeschäft heranzuziehen. Das Verhältnis zwischen dem Unternehmen und den Vermögensstücken ist ein ganz ähnliches wie zwischen einer körperlichen Hauptsache und ihrem Zubehör. Auch bei einem Unternehmen ist der Gedanke vorherrschend, im Interesse des Ganzen seine Einheitlichkeit mit den in ihm arbeitenden Vermögensstücken zu wahren und sie nicht auseinanderzureißen. Dieser Gedanke des Unternehmenszubehör wird in der Wissenschaft immer mehr vertreten. Außer den bereits erwähnten Rechtsgelehrten Oppikofer und Wolff treten für das Unternehmenszubehör ein: Pisko (a. a. O. S. 202 ff.); Müller-Erzbach (§ 18 S. 76); Enneccerus (§ 125 a IV); Locher (in Stammler: Das gesamte deutsche Recht Bd. 1 S. 1265). Gegen diese Ansicht wendet sich allerdings scharf von Gierke (S. 55) mit der wenig überzeugenden Begründung, diese Lehre sei außerordentlich gekünstelt.

Wir kommen damit zu dem Ergebnis, daß die in dem Unternehmen arbeitenden Vermögensstücke als „Unternehmenszubehör" dem Rechtsschicksal des Unternehmens als der Hauptsache folgen, soweit nicht zwischen den Ehegatten ausdrücklich etwas anderes vereinbart wird oder eine gesetzliche Regel entgegen steht. Da das Unternehmen selbst — wie wir oben (S. 36 ff.) gesehen haben — Vorbehaltsgut ist, teilen auch die einzelnen Vermögensstücke grundsätzlich die gleiche Rechtsnatur.

Dieses Ergebnis steht mit dem Gesetz keineswegs im Widerspruch. Einmal entspricht es allein dem Ziel des Gesetzgebers, die erwerbstätige Frau in vermögensrechtlicher Beziehung möglichst freizustellen, in ihrem eigenen Interesse wie auch im Interesse des Verkehrs. Dann aber wird es vor allem den Bestrebungen gerecht, die darauf hinauslaufen, grundsätzlich für jede Art von Rechten und Rechtsbeziehungen die rechtliche Anerkennung von Zubehöreigenschaft zuzulassen. Dieses Bedürfnis nach einer Erweiterung des Zubehörbegriffs ist auch von der Gesetzgebung und der Rechtsprechung nicht verkannt worden, und man ist ihm in mancher Hinsicht bereits entgegengekommen.

Schon die Behandlung, die das Unternehmen durch die Rechtsprechung erfahren hat, es in seiner Organisation als Ganzes zum Gegenstand des Rechtsverkehrs zu machen, steht einer Erweiterung des Zubehörbegriffs sehr günstig gegenüber. Nach dem preußischen Gesetz über die Bahneinheiten vom 19. 8. 1895 in der Fassung vom 11. 6. 02. werden die Bahnkörper und die dem Bahnunternehmen gewidmeten Grundstücke sowie die für das Bahnunternehmen dauernd eingeräumten Rechte an fremden Grundstücken zum Eisenbahnunternehmen gerechnet. Eine weitere Regelung von Unternehmenszubehör findet sich im § 2 Abs. 1 des Industriebelastungsgesetzes vom 30.

8. 24. Nach dieser Bestimmung werden alle Nebenbetriebe von der Belastung des Hauptbetriebes mit erfaßt. Eine weitere Ausdehnung des Zubehörbegriffes ist durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts insofern geschehen, als es die Fernleitungen der Elektrizitätswerke nicht etwa als Grundstücksbestandteile, sondern als Zubehör des Elektrizitätswerkes selbst ansieht (RG. 83 S. 67 ff.; 87 S. 43 ff.). Aber auch obligatorische Rechte und Rechtsverhältnisse werden von der Gesetzgebung in ihrer wirtschaftlichen Zugehörigkeit zum Unternehmen schon als Unternehmenszubehör behandelt. Nach § 151 Abs. 2 VVG. gehen die gesamten Rechte und Pflichten sowie das ganze Vertragsverhältnis aus dem Versicherungsvertrage auf den jeweiligen Unternehmer über ohne besondere Vereinbarung der Parteien. Wie jedes andere Zubehör kann aber der Versicherungsvertrag durch besondere Abmachung von der Uebertragung ausgeschlossen werden. (Ehrb. VIII 2 S. 310).

§ 12.

Die güterrechtliche Natur des Erwerbsgeschäftes, das von der Ehefrau während der Ehe begründet wird.

Die Ausführungen der vorhergehenden Paragraphen gelten aber nur für den Fall, daß die Frau ein Erwerbsgeschäft mit in die Ehe bringt. Anders gestalten sich die Verhältnisse, wenn die Ehefrau ein Erwerbsgeschäft erst während der Ehe begründet.

a) mit Vorbehaltsgut.

Klar und einfach liegt der Fall, wenn die Frau mit Mitteln ihres Vorbehaltsgutes dieses Erwerbsgeschäft beginnt. Da sie hinsichtlich ihres Vorbehaltsgutes unumschränkte Herrscherin ist und nach ihrem freien Willen schalten und walten kann, steht es auch vollkommen in ihrem Belieben, damit ein Erwerbsgeschäft zu begründen. Dieses Erwerbsgeschäft bleibt selbstverständlich Vorbehaltsgut, da es aus Vorbehaltsgut hervorgegangen ist. Damit sind dem Manne jegliche Rechte an diesem Erwerbsgeschäft genommen. In diesem Falle ist die Rechtsstellung der Frau zu ihrem Geschäftsvermögen die gleiche, wie wenn Gütertrennung gelte (§ 1371). Die Frau kann sowohl über ihr Geschäftsvermögen verfügen und jede Verbindlichkeit eingehen, wie Prozesse darüber führen (vgl. § 7 dieser Arbeit). Es tritt nur die güterrechtliche Wirkung ein, daß die Frau verpflichtet ist, einen Beitrag zur Bestreitung des ehelichen Aufwandes zu leisten (§§ 1371 1427). Diese Verpflichtung berührt aber keineswegs ihre Selbständigkeit.

b) mit eingebrachtem Gut.

Eine zweite Möglichkeit ist die, daß die Ehefrau zur Begründung ihres Geschäftes eingebrachtes Gut verwendet. Selbstverständlich gilt auch für diesen Fall das im § 11 Gesagte. Das Unternehmen als solches wird ohne weiteres Vorbehaltsgut, gleichgültig, ob der Ehemann mit dem Geschäftsbeginn seiner Frau einverstanden ist oder nicht. Denn der Erwerb, die Nutzungen des Geschäfts, werden

ohne Rücksicht auf die Stellungnahme des Ehemannes zum Geschäftsbetrieb seiner Frau nach § 1367 Vorbehaltsgut, somit nach den oben dargelegten Grundsätzen auch das Unternehmen als solches. Dagegen treffen diese Grundsätze nicht ohne weiteres auch auf die zum Unternehmen gehörigen Vermögensstücke zu. Zwar besteht auch hier das gleiche Verhältnis zwischen dem Unternehmen und den Vermögensstücken, das wir als ein dem Zubehör ähnliches bezeichnet haben. Zwischen beiden Fällen besteht aber ein grundlegender Unterschied. Im ersteren Falle — Begründung des Geschäfts vor der Eheschließung — wurde das Erwerbsgeschäft gleich mit Eintritt in die Ehe Vorbehaltsgut, ohne daß also die Vermögensstücke zunächst eingebrachtes Gut wurden. In dem Falle aber, den wir jetzt vor uns haben, nimmt die Frau die Vermögensstücke aus dem eingebrachten Gut heraus und begründet damit erst das Geschäft. Wenn wir auch im vorhergehenden die Vermögensstücke gewissermaßen als Zubehör behandelt haben, die von der Hauptsache, hier dem Unternehmen, nicht rechtlich getrennt werden sollen, so haben wir doch gleichzeitig darauf hingewiesen, daß diese Rechtsfolge nur im Zweifel eintreten soll, nämlich soweit nicht eine besondere Vereinbarung der beiden Ehegatten oder eine gesetzliche Regel dagegensteht. Das letztere ist aber hier der Fall. Die Ehefrau kann nicht willkürlich eingebrachtes Gut für ihre Zwecke verwenden, sie ist allein nicht in der Lage, die Rechtsnatur der Vermögensmassen zu ändern. Dadurch würde sie in die Rechte ihres Mannes eingreifen, dem das Gesetz an dem Eingebrachten das Recht der Verwaltung und Nutznießung eingeräumt hat. Sie würde eigenmächtig das Eingebrachte der Gewalt des Mannes entziehen und zu Vorbehaltsgut machen. Ein solches Recht ist der Frau aber von der Rechtsordnung nicht eingeräumt. Somit findet der Satz: „Zubehör folgt im Zweifel dem Rechtsschicksal der Hauptsache" für diesen Fall nicht ohne weiteres Anwendung. Es hängt vielmehr alles von der Frage ab, wie sich der Mann zu dem von der Frau beabsichtigten Geschäftsbetrieb stellt.

1) Geschäftsbetrieb mit Einwilligung des Mannes.

Willigt der Mann ausdrücklich darin ein, daß seine Ehefrau die eingebrachten Gegenstände in ihrem Unternehmen arbeiten läßt, dann wird man darin nach Wolff's Theorie einen Vertrag zwischen den Ehegatten im Sinne des § 1370 erblicken können, sodaß die betreffenden Vermögensstücke auf Grund dieser Vorschrift Vorbehaltsgut werden. Duldet dagegen der Mann lediglich den Geschäftsbetrieb seiner Frau, ohne eine ausdrückliche Erklärung über die Verwendung der Gegenstände im Unternehmen zu geben, dann liegt kein Rechtsgeschäft im Sinne von § 1370 vor. Es kann in dieser Beziehung auf die Ausführung zu § 11 (S. 40 f.) verwiesen werden, nach denen in der stillschweigenden Duldung des Geschäftsbetriebes durch den Ehemann noch kein Vertrag nach § 1370 zu erblicken ist, da die bloße Duldung noch keine Zustimmung zur Verwendung von

Eingebrachtem bedeutet. In gleicher Weise ist § 1370 nicht gegeben, wenn der Ehemann lediglich die Zustimmung zum Betriebe des Geschäftes gibt, ohne Erklärung bezüglich der Verwendung der eingebrachten Sachen in diesem Geschäft. (vgl. § 11 S. 38.) In diesen Fällen der bloßen Duldung und Zustimmung in den Geschäftsbetrieb wird man der Frau lediglich eine freiere Stellung gemäß § 1405 einräumen können.

Diese Bestimmung des § 1405 ist aus dem Gedanken heraus entstanden, daß die Verfügungsbeschränkungen, denen die Frau dem Manne gegenüber hinsichtlich ihres eingebrachten Gutes unterworfen ist, eine gedeihliche Fortführung des Erwerbsgeschäftes durch die Ehefrau nahezu illusorisch machen würden. Für die wirtschaftliche und rechtliche Bewegungsfreiheit der Frau, für die doch das BGB. in weitgehendem Maße eintritt, ist aber ein derartiger Zustand unerträglich. Ebenso würde auch die Kreditwürdigkeit der Frau eine große Einschränkung erleiden, denn es würde kaum jemand mit der Ehefrau in Geschäftsbeziehungen treten, die sich zwar durch Rechtsgeschäft verpflichten kann, deren Verbindlichkeiten aber dem Manne und insbesondere dem eingebrachten Gute gegenüber sämtlich unwirksam sind. Durch § 1405 ist aber dem Manne ein Mittel in die Hand gegeben, diese Beschränkungen der Frau zu beseitigen und damit ihre Kapitalkraft wesentlich zu stärken. Die Einwilligung nach § 1405 ist rein güterrechtlicher Natur und hat nichts mit der aus § 1354 abgeleiteten persönenrechtlichen Einwilligung zu tun. Während das persönenrechtliche Zustimmungsrecht des Mannes im § 1354 Ausfluß seiner bevorrechtigten Stellung in der Ehe ist und nur das eheliche Leben als solches betrifft, entspringt sein güterrechtliches Zustimmungsrecht (§ 1405) dem ehelichen Güterrecht, speziell dem ehemännlichen Verwaltungsrecht am Eingebrachten.

Mit der Erteilung der ausdrücklichen oder stillschweigenden Einwilligung gibt der Mann für den Umfang jeder Erwerbstätigkeit „eine Selbständigkeitserklärung der Frau mit Verzicht des Mannes auf die ihm sonst zugute kommenden gesetzlichen Verfügungsbeschränkungen der Frau" (Hölder Band 4 § 1405) ab. Die Frau wird von den sich aus dem Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Mannes ergebenden Beschränkungen der Verfügungsfähigkeit befreit. Die in den Bestimmungen der §§ 1395–1403 enthaltenen Schranken fallen fort. Die Wirkungen der Einwilligung erstrecken sich also in gleicher Weise auf Verfügungen der Frau, d. h. solche Rechtsgeschäfte, durch die sie unmittelbar auf den Aktivbestand des Ehegutes einwirkt (Veräußerung, Belastung), wie auch auf Verpflichtungsgeschäfte, durch die lediglich die Passivmasse des fehlenden Vermögens vermehrt wird. Handelt es sich dort um die Gültigkeit des Geschäfts als solches, so wird hier lediglich die Wirkung des an sich gültigen Rechtsgeschäftes dem Ehemann gegenüber herbeigeführt. Die Folgen des § 1405 treten in vollem Umfange ein, etwaige Beschränkungen durch den Ehemann sind Dritten gegenüber wirkungslos.

Die Einwilligung ist keine im voraus erteilte Zustimmung zu allen künftig vorzunehmenden Geschäften, sondern ist die Einräumung einer rechtlichen Unabhängigkeit im Rahmen des Geschäftsbetriebes. Die Geschäftsfrau erhält also nicht schrankenlos die erwähnte freiere Stellung, sondern nur in Ansehung ihres Geschäftsbetriebes. Man kann die Einwilligung als „Ermächtigung" auffassen, dergestalt, daß sie die erwerbstätige Frau von gewissen vermögensrechtlichen Beschränkungen befreit, denen die Frau sonst unterworfen ist. (Opet-Blume § 1405; Staudinger § 1405 Anm. 3). Der „Rahmen" des Geschäftes ist aber sehr weit auszulegen. Es sind nicht lediglich Geschäfte gemeint, die der Geschäftsbetrieb gewöhnlich mit sich bringt, vielmehr fallen auch außergewöhnliche Rechtshandlungen hierunter, soweit sie nur im Rahmen des betreffenden Erwerbsgeschäfts überhaupt liegen. (Herrschende Ansicht). Eine scharfe Abgrenzung der Rechtsgeschäfte, die zum Betriebe der Frau im konkreten Falle gehören, wird sich im allgemeinen nicht feststellen lassen. Die Anschauungen des Verkehrs werden hier in gleicher Weise maßgebend sein müssen, wie die Art und der Umfang des betreffenden Erwerbsgeschäftes, sowie Gegenstand und Inhalt gerade des Rechtsgeschäftes in dem besonderen Fall. (Ullmann S. 126; RGRK. § 1405 Anm. 8).

Innerhalb dieser angegebenen Grenzen kann also die Frau über eingebrachtes Gut auch mit Wirksamkeit für und gegen den Mann verfügen. Dessen Einwilligung bedarf sie nicht mehr (§ 1405 in Verbindung mit §§ 1395-6, 1398-9). Sie kann demnach alle zum Geschäftsvermögen gehörigen Waren frei veräußern, darüber hinaus auch Grundstücke, an letzteren auch dingliche Rechte einräumen und begründen (OLG. 4 S. 342 ff). Des weiteren kann sie Forderungen aufrechnen und erlassen, ein Vertragsverhältnis kündigen usw. Diese Vermehrung der Rechte der Ehefrau muß andererseits naturgemäß eine Beschränkung der dem Manne zustehenden Rechte zur Folge haben. Je nachdem man diese als mehr oder weniger einschneidend ansieht, kommt man zu verschiedenen Ergebnissen hinsichtlich der Rechte des Mannes am eingebrachten Gut.

Die herrschende Ansicht (Lehmann-Ring § 1 Anm. 29; Zschimmer a. a. O. S. 501 f.; Planck § 1405 Anm. 5; Staudinger Anm. 7; u. a.) steht auf dem Standpunkt, daß diese freiere Stellung der Erwerbsfrau keine Schmälerung der ehemännlichen Rechte nach sich ziehe, daß vielmehr das Verwaltungsrecht des Mannes in vollem Umfange neben den durch § 1405 der Frau zugewiesenen Befugnissen erhalten bleibe. Sie gibt zwar selbst zu, daß dieser Ansicht vom praktischen Standpunkt und vom Interesse der Geschäftsfrau aus gesehen schwere Bedenken entgegenstehen. Sie glaubt aber. diese dadurch aus dem Wege räumen zu können, daß sie erklärt, der Mann werde wohl bei erteilter Ermächtigung „in gerechter Würdigung des Umstandes" keine weiteren Hindernisse in den Weg legen; außerdem sei zu bedenken, daß gemäß §§ 1367, 1370 allmählich

fast das ganze Eingebrachte in Vorbehaltsgut übergehe (Mot. Band 4 S. 176; Planck, Staudinger a. a. O.).

Demgegenüber gibt Cosack (Band II 2, § 53 S. 168) dem der Frau durch § 1405 eingeräumten Verwaltungsrecht das Uebergewicht gegenüber dem des Mannes. „Die Verwaltung des Mannes ist der der Frau nicht über- sondern untergeordnet; der Mann darf sie also niemals im Widerspruch zu der Frau ausüben."

Andere wieder sehen in der Einwilligung des Ehemannes einen Verzicht auf das Verwaltungsrecht. Indem der Ehemann der Eröffnung des Geschäftsbetriebes zustimme, habe er sich seiner ehemännlichen Rechte, insbesondere des Rechts auf Inbesitznahme der eingebrachten Sachen insoweit begeben, als ihre Ausübung mit dem Geschäftsunternehmen, das die Frau mit seiner Zustimmung betreibe, unvereinbar sei. Diese Ansicht wird vom RG. in Band 84 S. 87 f. und von Thiele in Arch. f. ziv. Praxis Band 101 S. 336 ff. vertreten (ähnlich auch Schefold Band 91 S. 154 und D.J.Z. 05 S. 739). Gegen die Annahme eines Verzichts bestehen aber doch erhebliche Bedenken, da güterrechtliche Beziehungen unter den Ehegatten nur im Wege eines Vertrages geändert werden können, nicht aber im Wege eines einseitigen Aktes, als welcher sich ein solcher Verzicht darstellen würde. Im Widerspruch zu dieser Ansicht steht auch der Umstand, daß der Ehemann jederzeit befugt ist, seine Genehmigung zurückzunehmen.

Manche knüpfen an die Einwilligung des Mannes einen Verlust jedes Rechts am eingebrachten Gut, soweit es zum Geschäftsvermögen gehöre. Durch die Ermächtigung zum selbständigen Betriebe erlange die Frau, soweit das der Betrieb mit sich bringe, Befreiung von jenen Beschränkungen, die ihr hinsichtlich ihres eingebrachten Gutes auferlegt seien. Sie könne in diesen Grenzen über das zum Geschäftsvermögen gehörige Eingebrachte frei verfügen und seine Haftung für die Geschäftsschulden mit Wirkung gegen den Mann begründen. Sie erwerbe weiterhin durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt Besitz an den zum Handelsvermögen gehörigen Sachen. Da in diesen rechtlichen Befugnissen auch die Fähigkeit zur tatsächlichen Sorge einbegriffen sei, so stehe der Frau innerhalb ihres Geschäftsbetriebes das volle Verwaltungsrecht über ihr eingebrachtes Gut zu. Neben dem Rechte der Verwaltung habe sie auch das der Nutzung, denn der aus dem Unternehmen gezogene Erwerb werde Vorbehaltsgut, ohne Unterschied, ob das Geschäftsvermögen bei Beginn des Geschäfts Eingebrachtes oder Vorbehaltsgut gewesen sei. Damit entfalle aber jeglicher Sinn des ehemännlichen Verwaltungsrechts. Würde man dieses neben der Frau auch dem Manne zubilligen, so würde es weder den Interessen der Ehegatten noch denen des Verkehrs dienen. Die Stellung, welche dem Manne sonst eigentümlich sei, die ungestörte Verwaltung des Eingebrachten, müsse billigerweise in den Grenzen des genehmigten Betriebes von dem Manne auf die Frau übergehen.

Es muß zugegeben werden, daß diese Bedenken, die bei einer gemeinsamen Verwaltung von Mann und Frau auftreten würden, durchaus nicht unberechtigt sind. Oberster Grundsatz auch bei der extensiven Auslegung des Gesetzes ist immer, sich im Rahmen des Gesetzes zu halten und nicht etwa gegen eine gesetzliche Vorschrift durch seine Auslegung zu verstoßen. Dies muß man aber der eben erörterten Ansicht nachsagen. Eingebrachtes Gut kann nicht einfach nur darum Vorbehaltsgut werden, weil man dadurch dem Streben der erwerbstätigen Frau nach wirtschaftlicher Selbständigkeit gerecht wird. Vorbehaltsgut werden außer den in §§ 1366, 1367 genannten Gegenständen nur noch solche, die im Wege eines Ehevertrages oder auf Grund des § 1370 dazu erklärt werden. Beides liegt aber bei Zustimmung des Ehemannes in den Geschäftsbetrieb seiner Ehefrau nicht vor. Einen anderen Weg der Begründung von Vorbehaltsgut kennt das Gesetz jedoch nicht. Geradezu im Widerspruch zu der eben behandelten Ansicht steht aber auch der Umstand, daß der Ehemann jederzeit befugt ist, seine Genehmigung zurückzunehmen. Wenn tatsächlich durch die Einwilligung im Sinne des § 1405 das im Geschäft verwendete Gut aus dem Eingebrachten ausscheiden würde, dann wäre die Bestimmung eines besonderen Widerrufs der Genehmigung widersinnig, da ein solcher in Ansehung der bereits zum Vorbehaltsgut gewordenen Gegenstände keinerlei Wirkung zeigen könnte.

Es ist zuzugeben, daß die Frau auf Grund der Ermächtigung unmittelbaren Besitz an den zum Geschäft gehörigen Gegenständen erlangt, und daß der Mann nicht die Befugnis hat, der Frau ohne ihren Willen die vorhandenen Sachen, insbesondere das Inventar, wegzunehmen. Diese Ansicht wird auch vom RG. in Strafsachen (Band 35 S. 396) vertreten. Dort heißt es in der Entscheidung: „Durch die Genehmigung des Ehemannes ist der Geschäftsbetrieb der Ehefrau eine sie lediglich selbst, nicht auch den Ehemann angehende Angelegenheit geworden. Der Ehemann ist dadurch aus dem Bereiche der das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten im Sinne des § 1354 ausgeschieden. Demgemäß ist die Ehefrau in allen, lediglich diesen Gewerbebetrieb angehenden Angelegenheiten von der Entscheidung des Ehemannes unabhängig. Soweit der Geschäftsbetrieb in Betracht kommt, steht die Ehefrau ihrem Ehemann nicht als Ehefrau gegenüber, sondern als selbständige Geschäftsfrau. Sie ist damit auch in Angelegenheiten ihres Geschäftsbetriebes befugt, dem Willen ihres Ehemannes entgegenstehende Entscheidungen zu treffen."

Diese Gedankengänge, die das RG. in seiner Entscheidung bringt, können nur unterstrichen werden. Auf den Kernpunkt, der gerade uns am meisten angeht, nämlich wie es mit dem Verwaltungsrecht des Mannes steht, geht das RG. aber nicht ein. Das ist weiter auch nicht verwunderlich, da diese Frage für die Entscheidung des RG. nicht die geringste Bedeutung hatte. Das RG. hatte lediglich die Frage zu entscheiden, ob der Ehemann, der sich entgegen dem Wider-

spruch seiner Frau in deren Geschäftslokal begeben hatte, wegen Hausfriedensbruch belangt werden könnte. Das hat das RG. wie auch die vorhergehenden Instanzen bejaht.

Daß das Geschäftsvermögen auch im Falle einer Genehmigung des Geschäfts durch den Ehemann eingebrachtes Gut bleibt, sofern nicht der Ehemann ausdrücklich mit der Verwendung der Stücke im Geschäftsbetriebe einverstanden ist, ist bereits oben eingehend dargelegt. Liegt nun die Einwilligung nach § 1405 vor, dann wird man einen deutlichen Ausdruck des ehemännlichen Willens darin zu erblicken haben, daß dieses Verwaltungsrecht solange ruhen soll, wie die Frau seine Einwilligung zum Geschäftsbetrieb genießt. Eine Verwaltungstätigkeit des Mannes verträgt sich schlecht mit der wirtschaftlichen Selbständigkeit, die der Frau bei einem solchen mit Einwilligung des Mannes betriebenen Geschäfts zukommen muß. Wird die Einwilligung aber zurückgezogen, so lebt damit auch das Verwaltungsrecht wieder auf, denn das Geschäftsvermögen bleibt auch weiterhin trotz der Einwilligung des Mannes und trotz des Ruhens seiner Verwaltungsrechte eingebrachtes Gut. Nur auf diese Weise wird man dem Willen des Gesetzgebers gerecht, der im § 1405 den selbständigen Erwerbsbetrieb der Frau scharf vom übrigen eingebrachten Gut trennen und ihm eine vom Manne unabhängigere Stellung verschaffen wollte. Hätte er der Frau zwar die unbeschränkte Verfügungsmöglichkeit über ihr mit Zustimmung des Mannes geführtes Geschäft eingeräumt, auf der anderen Seite aber das Verwaltungsrecht des Mannes unangetastes gelassen, dann hätte er mit der einen Hand genommen, was er mit der anderen gegeben hätte. Sollte die Ehefrau dazu übergehen, ihre Rechte mißbräuchlich auszunutzen, steht dem Manne jederzeit als Gegenmaßregel die Zurücknahme seiner Einwilligung zu.

Wenn hiergegen die herrschende Meinung anführt, daß diese Ansicht schon deshalb zu weit gehe, weil es sich bei dieser Verpflichtung um einen formlosen Vertrag handeln würde, während die güterrechtlichen Beziehungen zwischen den Ehegatten nur durch besonderen güterrechtlichen Vertrag geregelt werden könnten, so ist dagegen zu sagen, daß es sich gar nicht um eine Verpflichtung seitens des Mannes handelt, die er eingeht, indem er seine Einwilligung zu dem Geschäftsbetriebe gibt. Vielmehr ergibt sich aus dem Gesetze selbst diese Verpflichtung für den Mann. Die Vermehrung von Rechten auf der einen Seite hat naturgemäß die Verminderung gerade dieser Rechte auf der anderen Seite zur Folge. Das Gesetz will der Frau durch § 1405 in Ansehung ihres Betriebes eine Selbständigkeit verleihen. Eine solche ist aber dann nicht gegeben, wenn neben dem durch § 1405 der Frau eingeräumten Verwaltungsrecht auch das des Ehemannes weiterhin bestehen bleibt. Eins schließt das andere aus; entweder selbständiger Betrieb durch die Frau, damit keine Befugnis des Mannes, sich in den Betrieb einzumischen, oder Verwaltungsrecht des Mannes, dann aber Unmöglichkeit eines selbständigen Betriebes des Geschäftes durch die Ehefrau. Zu berück-

sichtigen ist ferner auch, daß außer dem Verwaltungsrecht das Gesetz der Frau auch die alleinige Nutznießung an dem Unternehmen gibt. „An Vermögensbestandteilen aber, hinsichtlich denen Besitz, Verwaltung und Nutznießung gesetzlich der Frau zustehen, hat ein konkurrierendes Verwaltungsrecht des Mannes keine innere Berechtigung mehr". (Düringer-Hachenburg Band 1 Einl. Anm. 72). Demnach ruht das Verwaltungsrecht des Mannes, solange das Geschäft mit seiner Genehmigung betrieben wird. Diese Ansicht vertreten auch Ullmann in JW. 02 S. 49 ff.; Glitsch in Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts Band 2 S. 178 ff; Düringer Hachenburg Band 1 Einl. Anm. 72).

2) Geschäftsbetrieb ohne Einwilligung des Mannes.

Es ist schließlich noch der Fall zu erwähnen, daß der Mann seine Einwilligung zu dem von der Frau beabsichtigten Erwerbsgeschäft nicht gibt, daß er ihm also widerspricht. In diesem Falle werden die dem Manne am eingebrachten Gut eingeräumten Rechte in keiner Weise berührt. Er hat also auf Grund seines Verwaltungsrechtes das Recht, in den Betrieb seiner Frau eigenmächtig einzugreifen, soweit es sich um eingebrachte Sachen handelt. Er ist insbesondere befugt, Waren und Vermögensstücke in seinen Besitz zu nehmen und im Rahmen des § 1376 über Geld und bewegliche Sachen frei zu verfügen. Auch die von der Ehefrau im Rahmen ihrer Erwerbstätigkeit vorgenommenen Handlungen sind nach allgemeinen Regeln zu beurteilen. Die Ehefrau bedarf also zu jeder Verfügung über eingebrachtes Gut der Einwilligung ihres Ehemannes (§§ 1395—98). Sie kann eigenmächtig kein Stück der vorhandenen Warenvorräte veräußern (§ 1404), nicht einmal eine Geschäftsforderung einziehen. Soweit sie Verpflichtungsgeschäfte eingeht, sind diese dem Manne gegenüber in Ansehung des Eingebrachten unwirksam, d. h. das Eingebrachte haftet den Gläubigern nicht, und der Ehemann kann nicht zur Duldung der Leistung aus demselben verpflichtet werden (§§ 1399 Abs. II, 1412 BGB.).

§ 13.

Zusammenfassung des Ergebnisses.

Damit sind wir zum Abschluß unserer Untersuchungen, soweit sie die erwerbstätige Ehefrau betreffen, gekommen. Noch einmal kurz zusammengefaßt ergibt sich folgendes Ergebnis:

1.) Die „Arbeitsfrau", d. h. die Frau, deren Erwerbstätigkeit sich auf rein körperliche Betätigung beschränkt, ist insoweit vollkommen unabhängig von ihrem Ehemann. Sie kann mit dem Erwerb aus dieser Tätigkeit nach freiem Belieben schalten und walten; dem Manne stehen an diesem Vermögen keinerlei Rechte zu.

2.) Bei der „Erwerbsfrau", d. h. der Frau, die ihren Erwerb aus einem selbständig betriebenen Erwerbsgeschäft herleitet, ist zu unterscheiden, ob diese das Geschäft mit in die Ehe bringt

oder erst während der Ehe begründet. In letzterem Falle ist wieder ein Unterschied zu machen, je nachdem welche Haltung der Ehemann zu diesem Betriebe einnimmt.

a) Wird das Erwerbsgeschäft von der Ehefrau mit in die Ehe gebracht, oder gibt der Ehemann bei einem während der Ehe begründeten Geschäft seine ausdrückliche Zustimmung zur Verwendung des eingebrachten Gutes in diesem Geschäft, dann ist die Ehefrau in Ansehung dieses Geschäftes ebenfalls vollkommen unabhängig von ihrem Ehemanne, da sowohl das Erwerbsgeschäft selbst, wie auch der im Laufe der Zeit erzielte Erwerb Vorbehaltsgut und somit dem Rechte des Mannes entzogen werden.

b) Gibt der Ehemann lediglich seine Zustimmung zum Geschäftsbetrieb als solche, mag sie ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen, dann bleiben die in das Geschäft eingebrachten Gegenstände Eingebrachtes. Solange aber die Zustimmung des Mannes vorliegt, ruht dessen Verwaltungsrecht an diesen Vermögensstücken, soweit sie in dem Erwerbsgeschäft arbeiten. Der Mann muß sich also jedwelcher Eingriffe in den Geschäftsbetrieb seiner Frau enthalten; der Erwerb aus dem Geschäft wird gemäß § 1367 und 1370 Vorbehaltsgut.

c) Betreibt die Ehefrau das Erwerbsgeschäft trotz Widerspruchs ihres Mannes, dann werden die dem Manne auf Grund des gesetzlichen Güterstandes eingeräumten Verwaltungsrechte in keiner Weise berührt. Die Frau ist bei Verfügungen über eingebrachte Sachen den Beschränkungen der §§ 1395 ff. unterworfen. Der Erwerb aus einem solchen Geschäft wird aber auch in diesem Falle Vorbehaltsgut.

Teil II.

Die rechtliche Selbständigkeit der Kinder.

§ 14.

Die Stellung der Kinder zu ihrem Vater im Verhältnis zu der Stellung der Frau gegenüber ihrem Manne.

Eng verbunden mit der Stellung der erwerbstätigen Ehefrau ist die Stellung der im Erwerbsleben stehenden Kinder. Auch hier ist die Frage, inwieweit die Kinder berechtigt sind, einer eigenen Erwerbstätigkeit nachzugehen, und welche Einwirkungen diese Tätigkeit auf die dem väterlichen Gewalthaber von der Rechtsordnung verliehenen Rechte hat.

Während bei der erwerbstätigen Ehefrau der entscheidende Punkt der war, wie die Erwerbstätigkeit auf das güterrechtliche Verhältnis zu ihrem Ehemanne, insbesondere auf dessen Verwaltungs- und

Nutznießungsrecht wirkte, ist bei den Kindern die entscheidende Frage die, wie die Erwerbstätigkeit auf das dem Vater von der Rechtsordnung verliehene Recht und die ihm auferlegte Pflicht einwirkt, für die Person der minderjährigen Kinder und deren Vermögen zu sorgen.

Trotz vieler naher Beziehungen zwischen der Ehefrau und den Kindern im Verhältnis zu dem Ehemann bezw. Vater bestehen andererseits doch wieder grundlegende Unterschiede, die gerade bei der Behandlung der Frage nach der wirtschaftlichen Selbständigkeit der beiden Personengattungen beachtet werden müssen. Die Ehefrau ist durch die Eheschließung in keiner Weise in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkt. (vgl. § 1 dieser Arbeit). Etwaige Rechte des Mannes gegenüber der Frau sind lediglich ein Ausfluß des die Ehe beherrschenden Gemeinschaftsgedankens. Dagegen beruht das Recht des Vaters an der Person und dem Vermögen der Kinder gerade auf dem Umstand, daß das Kind von der Rechtsordnung noch nicht als voll geschäftsfähig angesehen wird. Minderjährige sind zwar willensfähig, aber sie besitzen noch nicht denjenigen Grad von geistiger Reife und geschäftlicher Erfahrung, der erforderlich ist, ungefährdet im Rechtsverkehr selbständig auftreten zu können. Daher bedurfte es für den Minderjährigen im Rechtsleben noch eines besonderen Schutzes, den der Gesetzgeber dadurch gab, daß er den Minderjährigen in der freien Willensbetätigung beschränkte und Umfang und Folgen dieser Beschränkung so bestimmte, daß die von dem Minderjährigen vorgenommenen nachteiligen Rechtsgeschäfte möglichst unschädlich gemacht wurden. Zu diesem Zwecke legte man die rechtsgeschäftlichen Angelegenheiten in die Hände eines gesetzlichen Vertreters, der grundsätzlich der Vater des betreffenden Minderjährigen ist.

Diese grundlegenden Verschiedenheiten in der rechtlichen Stellung der Ehefrau und der Kinder wirken sich naturgemäß auch verschieden auf das Bestreben nach einer wirtschaftlich unabhängigen Stellung im Geschäftsleben aus.

§ 15.

Die Sonderstellung der erwerbstätigen Minderjährigen.

Die Grundlage für die heutige gesetzliche Regelung der Stellung des Minderjährigen auf gewerblichem Gebiete bildet das preußische Gesetz vom 12. 7. 1875. Bereits vor diesem Gesetz hatte ein großer Teil der Landesgesetzgebungen die Notwendigkeit erkannt, den Minderjährigen auf gewerblichem Gebiet eine freiere Stellung, als sie ihnen bisher nach den allgemeinen Vorschriften zukam, einzuräumen, insbesondere ihnen zu ermöglichen, unter gewissen Voraussetzungen selbständig ein Gewerbe zu betreiben. So bestimmte Artikel 7 des Bayerischen Einführungsgesetzes zum HGB. vom 10. 11. 1861, daß Minderjährige, welchen die Befugnis zum Betriebe eines Handelsgewerbes zustehe, rücksichtlich aller auf diesen Handelsbetrieb bezüglichen Geschäfte und Rechtshandlungen für großjährig

erachtet würden. Bestimmungen des gleichen Inhalts enthielt das Württembergische Gesetz vom 30. 6. 1865 und das Badische Landrecht vom 6. 8. 1862. (Mot. Band I S. 141 ff.; Staudinger § 112 Anm. 1; Oertmann Anm. 1).

Dieser Schaffung von Sonderbestimmungen zu Gunsten einer erweiterten Geschäftsfähigkeit der im gewerblichen Leben selbständig tätigen Minderjährigen konnte sich auch Preußen nicht entziehen. Durch § 5 des bereits genannten Gesetzes von 1875 wurde daher bestimmt, daß jeder Minderjährige, dem der Vater den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts gestattet hatte, zur selbständigen Vornahme von Rechtsgeschäften fähig sein sollte, die der Betrieb des Geschäftes mit sich brachte, vorbehaltlich der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

Noch einen Schritt weiter ging aber die Gewerbeordnung vom 21. 6. 1869. Indem sie nichts über die zum selbständigen Gewerbetriebe erforderliche Geschäftsfähigkeit bestimmte, gab sie damit zu erkennen, daß jeder ohne weiteres, insbesondere ohne Rücksicht auf das Alter, zum Betreiben eines selbständigen Gewerbes fähig war.

Dieser auf wirtschaftlichen Rücksichten beruhende Grundsatz wurde auch für das heutige bürgerliche Recht ein Ansporn, dem Minderjährigen im Erwerbsleben eine selbständige Stellung zu verschaffen, soweit dies in seinem Interesse lag, um so den im Rechtsleben nach Ausdruck ringenden Interessen des Kindes an der Entfaltung seiner Individualität entgegenzukommen. Dabei verkannte es aber nicht die Gefahr, die in einer völligen Selbständigkeit, wie sie die Gewerbeordnung aus wirtschaftlichen Gründen ohne Rücksicht auf das Lebensalter gewährte, lag. Die leichte Verdienstmöglichkeit, welche die industrielle Beschäftigung den Minderjährigen bietet, verhilft Menschen, die noch nicht völlig erzogen sind, zu einer wirtschaftlichen Selbständigkeit, die für die Gesellschafts- und Familienordnung verhängnisvoll werden kann. Es wird in ihnen der Trieb geweckt, sich der Autorität der Eltern und Erzieher zu entziehen; das Verantwortungsgefühl der Eltern wird geschwächt. Dieser allzu großen, durch den eigenen Erwerb bedingten Selbständigkeit, sowie der dadurch leicht herbeizuführenden Zuchtlosigkeit glaubte der Gesetzgeber entgegentreten zu müssen. Daher folgte er dem preußischen Gesetz von 1875, freilich mit nicht unwesentlichen Aenderungen, und räumte den Minderjährigen nur in bestimmten Grenzen eine Sonderstellung ein, indem er durch die §§ 112 und 113 dem elterlichen Gewalthaber die Möglichkeit gab, den Minderjährigen in das Erwerbsleben einzureihen, und daran im Interesse einer gewissen Selbständigkeit die notwendigen Folgen knüpfte.

Diese Bestimmungen der §§ 112 und 113 bilden somit die Grundlage für die rechtliche und wirtschaftliche Stellung der im Erwerbsleben stehenden Minderjährigen.

§ 16.

Betrieb eines selbständigen Erwerbsgeschäfts.

§ 112 BGB. setzt ein vom Minderjährigen selbständig betriebenes Erwerbsgeschäft voraus, zu dessen Betrieb eine Ermächtigung des Vaters und eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vorliegen muß.

Unter „Erwerbsgeschäft" ist hier das gleiche zu verstehen. was bereits im § 3 S. 8 ff. bei den Ausführungen über das Erwerbsgeschäft der Ehefrau näher dargelegt ist. Auch hier ist davon auszugehen, daß die vom Gesetz gebrauchten Ausdrücke wie „Erwerbsgeschäft" und „Betreiben" darauf hindeuten, daß es sich um Unternehmen handelt, bei denen ein Kapital eine Rolle spielt, oft im Zusammenhang mit persönlicher Arbeitstätigkeit, daß aber rein persönliche Tätigkeiten wie Dienst- und Werkverträge aus dem Bereiche des § 112 auszuscheiden haben. Dies wird hier noch besonders klar herausgestellt dadurch, daß derartige rein persönliche Tätigkeiten vom Gesetzgeber ausdrücklich dem § 112 entzogen und dem § 113 unterstellt werden.

Auch bezüglich der Frage, inwieweit die Beteiligung an einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts oder des Handelsrechts als Betrieb eines Erwerbsgeschäfts anzusehen ist, kann auf die Ausführungen im ersten Teil dieser Abhandlung verwiesen werden. (§ 4 S. 17 ff). Man wird diese Frage hier ebenfalls bei der Beteiligung an einer offenen Handelsgesellschaft oder als Komplementär an einer Kommanditgesellschaft bejahen müssen. Zu einem entgegengesetzten Ergebnis wird man bei der Beteiligung als Kommanditist, als stiller Gesellschafter kommen und ferner bei der Aktiengesellschaft, G. m. b. H. oder Genossenschaft, weil es sich bei der Beteiligung an diesen Handelsgesellschaften lediglich um eine besondere Art der Kapitalsanlage handelt.

Das Wort „Betreiben" kann eine doppelte Bedeutung haben. Man kann ein Geschäft in tatsächlichem oder juristischem Sinne betreiben. Das tatsächliche Betreiben würde aber für § 112 nicht genügen, denn dazu würde es keiner Ermächtigung bedürfen. In § 112 kann es sich demnach nur um das Betreiben in juristischem Sinne handeln. Dazu ist vor allem erforderlich, daß die Geschäfte im Namen des Geschäftsherrn betrieben werden, d. h. also: der Herr des Geschäfts in juristischem Sinne ist der, der die Rechte und Verpflichtungen aus dem Geschäft hat. Diesen treffen die rechtlichen Folgen aus den innerhalb des Betriebes vorgenommenen Geschäften unmittelbar, er wird nach außenhin dem Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet. Das Namengeben entscheidet und genügt also. (Cosack HGB. Band I S. 23).

Das Gesetz fordert aber in § 112 nicht nur den Betrieb eines Erwerbsgeschäftes, sondern es verlangt weiter, daß dieser Betrieb selbständig ist. Der selbständige Betrieb in dem hier gebrauchten Sinne bedeutet aber nicht wie in §§ 1367 und 1405 schon den Be-

trieb im eigenen Namen, denn auch das vom Vater in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter für den Minderjährigen geführte Geschäft geht auf dessen Namen. Vielmehr ist unter Selbständigkeit des Erwerbsgeschäfts im Sinne von § 112 die von der Oberleitung des gesetzlichen Vertreters befreite Geschäftsführung zu verstehen, die eben nur im Wege der Ermächtigung erfolgen kann. Selbständigkeit im Sinne des §§ 112 liegt demnach nur dann vor, wenn das Erwerbsgeschäft unter eigenem leitenden Eingreifen des Minderjährigen betrieben wird; dieser muß die Leitung des Geschäftes selbst in den Händen haben (Pfäfflin in Gruchots Beiträgen 1904 S. 6; Handbuch des Handelsrechts Band II S. 192; Oertmann § 112 Anm. 4 a; Staub § 1 Anm. 20).

§ 17.

Die rechtliche Natur der Ermächtigung.

Zu einem solchen selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes muß der Vater als gesetzlicher Vertreter nach § 112 die „Ermächtigung" erteilt haben.

Die Ermächtigung hat nicht die Bedeutung einer im Voraus erteilten allgemeinen Zustimmung im Sinne von §§ 107 ff., 182 ff., welche die Zustimmung zu den einzelnen Rechtsgeschäften in sich schließt und deshalb die Wiederholung dieser Zustimmung im einzelnen Falle überflüssig macht. (Crome Band I, § 83; Soergel § 112; Oertmann § 112 Anm. 3; Staudinger Anm. 5; Planck Anm. 1; a. M. Blume in Iherings Jahrbuch 48 S. 439 ff.). Das BGB. kennt keinen Generalkonsens, der eine unbestimmte Anzahl von Rechtsgeschäften decken könnte, deren Abschluß in der Zukunft liegt und deren Umfang und Wirkung deshalb gar nicht oder doch nur schwer übersehen werden kann. Zur Anerkennung der Wirksamkeit einer Generalermächtigung hätte es gegenüber § 107 einer Sonderregelung kaum bedurft, andererseits könnte ein bloßer Generalkonsens den Inhalt des § 112 (beschränkt. Rücknehmbarkeit der Ermächtigung, Unwirksamkeit eines besonderen Verbots in Bezug auf einzelne Geschäfte) nicht erklären. Die Ermächtigung ist vielmehr ein gestaltender Rechtsakt, dergestalt, daß der Minderjährige ohne jede Einschränkung sein Geschäft betreiben kann und innerhalb dieses Geschäftes keinen Schranken mehr unterliegt, wie sie sonst den Minderjährigen nach § 107 ff. treffen, daß mithin der Minderjährige zum selbständigen Abschluß aller in dem Betrieb vorkommenden Geschäfte befähigt wird und die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters innerhalb des Rahmens der dem Minderjährigen freigelassenen Tätigkeit ausschließt.

Die Ermächtigung zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes kann aber vom gesetzlichen Vertreter nicht allein gegeben werden, vielmehr ist noch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich. Durch diese Maßnahme sollte verhütet werden, daß der gesetzliche Vertreter den Geschäftsbetrieb als Deckmantel für die eigene Geschäftsführung zum Nachteil der Gläubiger ver-

wendete (Mot. Band I S. 143). Man wird mit Oertmann (§ 112 Anm. 3 b) verlangen müssen, daß diese Genehmigung der Ermächtigung nachzufolgen hat. (a. M. Planck; Warneyer zu § 112). Der Begründung von Oertmann zu seiner Ansicht kann nur beigepflichtet werden, daß eine im voraus erteilte Zustimmung des Vormundschaftsgerichts dem Gesetz unbekannt ist, und daß gegen ihre Wirksamkeit innere Gründe sprechen, da die Zweckmäßigkeit des späteren Ermächtigungsaktes meist noch unübersehbar ist. Diese Zustimmung des Vormundschaftsgerichtes muß zu der Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters hinzukommen. Ein Eingreifen des Vormundschaftsgerichtes allein genügt nicht, um die Wirkungen des § 112 auszulösen.

§ 18.

Die Wirkung der Ermächtigung.

a) Volle Geschäfts- und Prozeßfähigkeit.

Die weitere Frage ist nun die, welche Wirkung die Ermächtigung zeitigt, und welche rechtliche Stellung sie dem Minderjährigen verschafft. Diese Frage ist in der Wissenschaft nicht einheitlich beantwortet. Während eine Richtung die Stellung der Minderjährigen im § 112 als „erweiterte Geschäftsfähigkeit" bezeichnet (Pfäfflin a. a. O. S. 3 ff; Blume a. a. O. S. 440; Crome Bd. I S. 368 Anm. 4; Cosack BGB. Band I § 80; HGB. § 13 III; Staudinger § 112 Anm. 2), räumt die herrschende Meinung dem Minderjährigen innerhalb des betreffenden Rahmens die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit ein. (Zu diesem Ergebnis kommen auch Crome und Staudinger, wenn sie auch von einer „erweiterten Geschäftsfähigkeit" sprechen).

Die Vertreter der ersteren Ansicht gehen davon aus, daß der Minderjährige durch die Ermächtigung auf Grund des § 112 nicht die auf einen bestimmten Kreis von Geschäften beschränkte Geschäftsfähigkeit eines Volljährigen erwerbe, sondern lediglich mit der Verfügungsmacht ausgestattet werde, welche dem gesetzlichen Vertreter als solchem zustehe. Zu diesem Ergebnis kommen sie, indem sie die Ermächtigung als die auf einen bestimmten Kreis von Rechtsgeschäften beschränkte Ausstattung des Minderjährigen mit der dem gesetzlichen Vertreter als solchem zustehenden Macht auffassen. Genau betrachtet, könne man nicht behaupten, daß das von dem ermächtigten Minderjährigen vorgenommene Rechtsgeschäft dieselbe Wirkung habe, wie das von einem Volljährigen vollzogene. Man müsse vielmehr sagen, daß das Rechtsgeschäft ebenso wirksam sei, wie wenn es der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen vorgenommen hätte. Deshalb sei auch die Bezeichnung „erweiterte Geschäftsfähigkeit" durchaus zutreffend, weil der ermächtigte Minderjährige auch innerhalb des durch § 112 abgesteckten Gebietes nicht eine unbeschränkte Geschäftsfähigkeit wie der Volljährige besitze, sondern eben lediglich nur die vom gesetzlichen Vertreter abgeleitete Verfügungsmacht. Der Minderjährige gehöre auch weiter

der Klasse der beschränkt Geschäftsfähigen an, nehme aber insofern eine Sonderstellung unter ihnen ein, als ihm vom Gesetz eine nach dem Maße der dem gesetzlichen Vertreter zustehenden Gewalt sich bestimmende verkehrsrechtliche Selbständigkeit gegeben sei. Die Worte „unbeschränkt geschäftsfähig" des § 112 stünden dem nicht entgegen. Diese Worte sollten nur andeuten, daß die nach § 112 ermächtigten Minderjährigen geringeren Beschränkungen unterworfen seien als andere Minderjährige.

Die Vertreter dieser Ansicht kommen zu ihrem Ergebnis anscheinend auf Grund der Motive (Band I S. 144), die den gleichen Gedanken vertreten.

Dieser Meinung kann man sich jedoch nicht anschließen. Nur der Umfang des Kreises der dem Minderjährigen freigegebenen Geschäfte ist nach dem Umfang der Macht seines gesetzlichen Vertreters bestimmt, nicht aber die Macht des Minderjährigen hinsichtlich der zu jenem Kreis gehörenden Rechtsgeschäfte. Unzutreffend ist auch die Annahme, daß § 112 eine besondere Stufe der Geschäftsfähigkeit, eine besondere Klasse von Personen geschaffen habe, die ihre Stellung zwischen den im vollen Umfange Geschäftsfähigen und den in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten habe. Zu einer solchen Annahme muß man aber gelangen, wenn man von einer „erweiterten Geschäftsfähigkeit" spricht. Tatsächlich sprechen ja auch die Anhänger von einer Sonderstellung, die die Minderjährigen des § 112 gegenüber den anderen beschränkt Geschäftsfähigen einnehmen. Das Entscheidende ist aber gerade, daß ein Gebiet abgegrenzt wird, innerhalb dessen jegliche Schranken für den Minderjährigen gefallen sind. Innerhalb dieses Gebietes ist ihm nicht nur das Recht zugeschrieben, Verträge abzuschließen, vielmehr hat er durch die Ermächtigung in seinem Geschäft die Entscheidungsgewalt über den gesamten Geschäftsbetrieb und kann in diesem **voll** und ganz nach eigenem Ermessen handeln.

Man wird daher mit der herrschenden Meinung (Dernburg Band I § 122 S. 406; Endemann Band I § 29 S. 131; Ehrenbergs Handbuch Band II, 1 S. 193; Düringer-Hachenburg Band I Einl. Anm. 104; Staub § 1 Anm. 21; Enneccerus Band I § 142 III, 1; RGRK. § 112 Anm. 1; Oertmann Anm. 5a; Planck Anm. 1) sagen müssen, daß dem Minderjährigen für den gestatteten Geschäftspreis innerhalb des § 112 die Stellung eines Volljährigen, eines unbeschränkt Geschäftsfähigen, eingeräumt ist. Nach der Wirkung der Ermächtigung kann man die Stellung des Minderjährigen auch mit einer „beschränkten Volljährigkeitserklärung" (Planck a. a. O.) oder auch mit einer „kleinen Emanzipation" (Crome Band I S. 369) vergleichen.

Diese Auffassung wird auch dem Wortlaut des Gesetzes gerecht, der ausdrücklich von einer „unbeschränkten Geschäftsfähigkeit" spricht. Es geht nicht an, einfach mit Cosack zu behaupten, diese Worte erklärten sich lediglich aus dem Sprachgebrauch des BGB.

Diese unbeschränkte Geschäftsfähigkeit bleibt auch dann bestehen, wenn der gesetzliche Vertreter sich die Genehmigung für gewisse Rechtsgeschäfte ausdrücklich vorbehalten oder die Vornahme solcher Geschäfte sogar verboten hat. Derartige Vorbehalte oder Verbote berühren die Geschäftsfähigkeit in keiner Weise. Die Verfügungsmacht des Minderjährigen ist in den Grenzen seiner Geschäftsfähigkeit eine ausschließliche insofern, als sie keine Verfügungen des gesetzlichen Vertreters neben sich duldet, die zu denen des Minderjährigen im Gegensatz stehen.

Die Stellung des Minderjährigen erstreckt sich aber nur auf solche Rechtsgeschäfte, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt. Dafür, ob dieser Fall gegeben ist, ist nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes die objektive Zugehörigkeit des Aktes zum ermächtigten Geschäftsbetrieb maßgebend, nicht die subjektive Willensrichtung des Minderjährigen. Umgekehrt dagegen ist ein objektiv nicht in den ermächtigten Geschäftsbereich fallendes Geschäft nicht um deswillen nach § 112 zu beurteilen, weil der Minderjährige es darin einbeziehen wollte. (Planck § 112 Anm. 2; Ortmann Anm. 5a; a. M. Hölder § 112 Anm. 2). Bei der von Hölder vertretenen Ansicht würde man die Wirkung der Ermächtigung in das Belieben des Minderjährigen stellen und ihr so eine Ausdehnung geben, die zweifellos vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt gewesen ist. Wie weit der Kreis der Geschäfte zu ziehen ist, ist Tatfrage und nach Lage des Einzelfalles, nach der konkreten Natur des Geschäftsbetriebes zu entscheiden. Für den Geschäftsverkehr kann der Minderjährige ohne Schranken abschließen, seiner Bewegungsfreiheit sind hier keine Grenzen gezogen. Die Art des einzelnen Geschäfts allein, nicht sein Umfang, ist ausschlaggebend. Bei der Frage nach der Zugehörigkeit eines Geschäfts zu dem betreffenden Erwerbsgeschäft wird man in erster Linie die Anschauung des Verkehrs zugrunde legen müssen und die Natur des Erwerbsgeschäftes einschließlich der Gebräuche und tatsächlichen Verhältnisse, welche gerade bei dem betreffenden Betriebe vorliegen, zu würdigen haben. „Die Frage findet ihre Entscheidung durch die nach der Regel des Lebens bestehende Begrenzung der bestimmten Berufsart" (Hölder § 112 Anm. 2).

Diese Rechtsgeschäfte können natürlich je nach Art des konkreten Betriebes sehr verschieden sein. Auf Einseitigkeit oder Zweiseitigkeit des Geschäftes kommt es nicht an. Insbesondere ist zu berücksichtigen, daß keine Beschränkung auf gewöhnliche Geschäfte vorliegt. Das Gesetz sagt lediglich, „Rechtsgeschäfte, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt", d. h. also die der Geschäftsbetrieb nicht gewöhnlich, sondern überhaupt mit sich bringen kann. Darunter fallen auch außergewöhnliche, insbesondere gewagte Geschäfte. Der Minderjährige kann ferner nicht nur solche Geschäfte selbständig abschließen, die der Geschäftsbetrieb unmittelbar mit sich bringt, sondern alle Geschäfte, die nur mittelbar in demselben ihre Ursache haben. So gehören hierher solche Geschäfte, die sich für den ein-

zelnen Beruf unter dem Drucke der Konkurrenz eingebürgert haben und abgeschlossen werden müssen, damit sich der Betrieb wirtschaftlich halten kann. Es fallen hierunter insbesondere die Reklame in jeder Form, Einkäufe bei Kunden, Halten von Fachzeitschriften, kurzum Geschäfte, welche der Betreffende nicht vorzunehmen braucht, wenn er der einzige seines Geschäfts überhaupt oder in weitem Umkreise wäre, die er aber nicht vernachlässigen darf, wenn er Konkurrenz hat und dieser gegenüber nicht ins Hintertreffen geraten will. Auch gewerbliche Hilfsgeschäfte fallen unter die Bestimmung des § 112 wie Ladenmiete, Anstellung von Personal, Geschäftsreisen. Woher der Minderjährige die Mittel zum Abschluß oder zur Erfüllung der dahin gehörigen Geschäfte nimmt, ist unerheblich.

Die Frage, ob der Minderjährige selbständig zur Veräußerung des gesamten Geschäfts berechtigt ist, wird man verneinen müssen. Dem Minderjährigen ist auf Grund der Ermächtigung als einer beschränkten Volljährigkeitserklärung zwar das Recht der freien Entscheidung in allen den Gewerbebetrieb angehenden Angelegenheiten zugestanden. Dies Recht kann ihm aber nur zugebilligt werden im Rahmen des gestatteten Geschäftsbetriebes als solchem. Der Minderjährige ist ermächtigt zum *Betriebe* des Gewerbes, und in seine Hand ist es durch die Ermächtigung gelegt, wie er den Betrieb gestalten will; nicht aber ist ihm die Verfügungsgewalt über den Betrieb als solchen übertragen. Deshalb kann er auch nicht selbständig den Geschäftsbetrieb auflösen oder im ganzen veräußern (Lehmann-Ring § 1 Anm. 16; Staudinger § 112 Anm. 3).

Meinungsverschiedenheit herrscht bezüglich der Frage, ob auch die Beschaffung des eigenen Lebensunterhalts vom Minderjährigen selbständig besorgt werden kann. Man wird dieses mit der herrschenden Meinung bejahen müssen, sofern der selbständige Betrieb des Erwerbsgeschäftes auch die selbständige Besorgung dieser Angelegenheiten nach Lage der Umstände erforderlich macht. (Dernburg § 122 S. 406; Rehbein Band I § 112; Düringer-Hachenburg Anm. 5a j; Staudinger Anm. 3; Warneyer Anm. III; Planck Anm. 2).

Im Gegensatz hierzu verneint aber Pfäfflin (a. a. O. S. 8) die Anwendung des § 112 auf die Frage nach der Beschaffung des Lebensunterhalts, weil nach seiner Ansicht der Wortlaut des Gesetzes eine Erweiterung der Geschäftsfähigkeit auf die Beschaffung des Lebensunterhaltes nicht zulasse. Eine extensive Auslegung des § 112 sei unstatthaft, da es sich um Bestimmungen handele, die die Sonderstellung von Minderjährigen regele. (So auch im wesentlichen mit derselben Begründung: Endemann Band I § 29; Bock S. 30ff.; Prot. Band I S. 66).

Hierzu ist zu sagen: soll die Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen im Erwerbsgeschäft dem Erwerbe und der wirtschaftlichen Selbständigkeit in einem bestimmten Kreise dienen, und verleiht das Gesetz zu diesem Zwecke dem Minderjährigen die Geschäftsfähigkeit eines Volljährigen, so liegt es im Sinne des Gesetzes, die Geschäftsfähigkeit auf alle Rechtsgeschäfte zu erstrecken, die ein selbstän-

diger Wirtschafts- u. Erwerbsbetrieb nach der Lebensanschauung erfordert, auch wenn sie nicht in den Kreis der Geschäfte fallen, die dem Erwerbsgeschäft unmittelbar dienen. Es muß dem Minderjährigen die Möglichkeit gegeben werden, sein Leben dem Geschäfte entsprechend einrichten zu können. Die Beschränkung ist nur auf solche Rechtsgeschäfte zu beziehen, die weder zu den Geschäften des täglichen Lebens, noch zu den Betriebsgeschäften des gestatteten Betriebes gehören. Für die Beschaffung angemessener Nahrungsmittel, Kleidung usw. muß der Minderjährige aber geschäftsfähig sein, weil es zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes einfach nicht paßt, wenn der dazu ermächtigte Minderjährige die seinem Stand entsprechende Kleidung und Verpflegung nur in Abhängigkeit von einem anderen nach dessen Willen und Gutdünken erlangen könnte. Zum Geschäftsbetrieb, auch im Falle des § 112, gehört unbedingt auch die entsprechende Lebenshaltung des Geschäftsherrn. „Die Führung eines Erwerbsgeschäftes ist ohne eine dem Umfang des Geschäftes entsprechende Lebensführung undenkbar." (Düringer-Hachenburg Band I Einl. Anm. 104). Eine Verneinung dieser Frage würde auch offensichtlich zu eng und für das Leben und den Verkehr unbrauchbar sein und zu den seltsamsten Konsequenzen führen. So müßte der minderjährige Landwirt, dem die selbständige Bewirtschaftung eines Gutes gestattet ist, für den Unterhalt seines Gesindes unbeschränkt Geschäfte abschließen können, während er das für seine eigene Person nicht könnte.

Natürlich beschränkt sich die Geschäftsfähigkeit in diesem Falle nur auf solche Geschäfte, die der durch den Geschäftsbetrieb gebotenen Lebenshaltung dienen. Luxusausgaben wie Reisen usw., die diesen Rahmen übersteigen, scheiden aus, denn diese stehen in keiner Beziehung zu der durch den Geschäftsbetrieb gebotenen Lebenshaltung. (Herrschende Meinung).

Nicht ganz ohne Bedeutung ist auch die Frage des Wohnsitzes, die für das Privatrecht insofern eine Rolle spielt, als der Wohnsitz der Erfüllungsort für die aus Rechtsgeschäften entstandenen Verbindlichkeiten ist. Die Begründung eines Wohnsitzes ist als Rechtshandlung aufzufassen, während dem Minderjährigen eine unbeschränkte Geschäftsfähigkeit nur für Rechtsgeschäfte eingeräumt ist. Ohne weiteres wird man daher dem Minderjährigen kein selbständiges Recht auf Begründung eines Wohnsitzes zubilligen können. Man wird aber mittelbar dieses Recht aus der erteilten Ermächtigung herleiten können. Aus dieser ergibt sich stets der Wille des gesetzlichen Vertreters, daß dem Minderjährigen das Recht zustehen soll, sich einen dem Zwecke des Gewerbebetriebes entsprechenden Wohnsitz zu beschaffen. Inwieweit ein Ort für das Erwerbsgeschäft zweckentsprechend ist, kann nur im einzelnen Fall unter Berücksichtigung des Ortes des Betriebes entschieden werden. Stets wird man das aber annehmen können, wenn der Minderjährige an dem Ort seines Erwerbsgeschäftes oder, wenn er mehrere Niederlassungen hat, an dem Sitz des Hauptgeschäftes wohnt.

Wenn die Vorteile, die dem Minderjährigen innerhalb seines Geschäftsbetriebes gewährt werden, nicht in der Hauptsache wieder verlorengehen sollten, so war es erforderlich, daß dem ermächtigten Minderjährigen auch auf prozessualem Gebiete die entsprechende Selbständigkeit eingeräumt wurde, deren er bedurfte, um seine Interessen als Gewerbsmann auch vor Gericht unabhängig vertreten zu können. Aus § 52 ZPO. ergibt sich, daß der ermächtigte Minderjährige im Rahmen des § 112 auch Prozesse im eigenen Namen führen kann. Der Minderjährige ist also prozeßfähig in Angelegenheiten, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt, denn nur insoweit ist er ja geschäfts- also auch verpflichtungsfähig. Die Prozeßfähigkeit erstreckt sich auf den Umfang des ganzen Prozesses, selbst wenn das bürgerliche Recht für die Vornahme einzelner, im Prozeß nötig werdender Handlungen eine besondere Ermächtigung fordert. Wird die Prozeßfähigkeit überhaupt zugestanden, so ist für den Umfang dieser Erlaubnis die Anwendung besonderer Vorschriften des BGB. ausgeschlossen. Die beschränkte Prozeßfähigkeit erstreckt sich also nicht nur auf die Klage aus dem konkreten, im Rahmen des gestatteten Gewerbes geschlossenen Vertrage, sondern auch auf alle die Rechtsverhältnisse, die sich aus diesem Vertrage entwickeln und im Laufe des Prozesses zur Sprache kommen, sofern nur der Zusammenhang noch in irgendeiner Weise erkennbar ist. Die Prozeßfähigkeit kann aber nur nach dem Gegenstand der Klage, nicht aber nach den Verteidigungsmitteln bestimmt werden. Dies ist von besonderer Bedeutung für Widerklagen, Repliken, Einreden, durch die sehr leicht Rechtsverhältnisse in die Verhandlung hineingezogen werden können, für welche die eine oder andere Partei nicht prozeßfähig ist.

b) Ausschluß der Vertretungsmacht des Vaters.

Wir haben gesehen, daß der Minderjährige, soweit er im Rahmen des § 112 tätig wird, voll geschäfts- und prozeßfähig wird. Es fragt sich aber nun weiter, wie diese Volljährigkeit auf die Rechte des Gewalthabers einwirkt, insbesondere auf dessen Recht, den Minderjährigen zu vertreten. Bleibt auch für den Bereich der unter § 112 fallenden Geschäfte die Vertretungsmacht des Vaters bestehen, obwohl der Minderjährige insoweit voll geschäftsfähig geworden ist?

Diese Frage wird von einem Teil der Wissenschaft bejaht. Diese lassen die Macht des gesetzlichen Vertreters durch seine dem Minderjährigen erteilte Ermächtigung sich nicht verringern und erkennen daher die Möglichkeit an, daß in denselben Angelegenheiten der Minderjährige und sein Vater als gesetzlicher Vertreter in ihrem Handeln konkurrieren können. (Cosack HGB. § 13 S. 49; BGB. Band I § 80 S. 176 Anm. 40; Crome Band I S. 370; JW. 1911 S. 634).

Hiergegen wendet sich die herrschende Lehre und zwar mit Recht. (Pfäfflin a. a. O. S. 12 ff; Dernburg § 122 S. 410; v. Tuhr Band II S. 355; Rehbein Band I § 112; Enneccerus Band I

§ 142 III 3 c; Düringer Hachenburg Einl. Anm. 104; Planck § 112 Anm. 1; Arch. f. ziv. Praxis Band 94 S. 308 ff., Band 98 S. 375; Staudinger Anm. 5; Oertmann Anm. 5 b; RGRK. Anm. 1; Warneyer Anm. III; jetzt auch Fischer-Henle zu § 112 unter Aufgabe seiner früheren im Sinne von Cosack vertretenen Ansicht).

Innerhalb des durch § 112 umgrenzten Kreises von Rechtsgeschäften ist der Minderjährige unbeschränkt geschäftsfähig. Für eine Kollisions- und Konkurrensmöglichkeit zwischen dem Minderjährigen und seinem gesetzlichen Vertreter ist daher kein Raum mehr. Durch die Ermächtigung verschafft der Vater dem Minderjährigen die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit, verliert aber seinerseits damit für den Geschäftskreis, auf welchen sich die Ermächtigung erstreckt, die Befugnis, den Minderjährigen zu vertreten. Die Verfügungsmacht des Minderjährigen ist in den Grenzen seiner Geschäftsfähigkeit eine exklusive insofern, als sie keine konkurrierenden Dispositionen des gesetzlichen Vertreters neben sich duldet. Das ist zwar im BGB. nicht ausdrücklich gesagt, ergibt sich aber ohne weiteres aus der Ausdrucksweise des Gesetzes und aus praktischen Erwägungen. Erklärt das Gesetz den Minderjährigen für einen bestimmten Geschäftskreis für unbeschränkt geschäftsfähig, so heißt das, daß damit notwendig auch die gesetzliche Vertretungsmacht insoweit zurücktreten muß. Denn mit dem Fortfall des Schutzbedürfnisses muß naturgemäß auch die Vertretungsmacht fortfallen, da letztere gerade auf dem ersteren beruht. Bei der gegenteiligen Ansicht würde der Vertreter die Möglichkeit haben, die ihm unangenehm gewordene Wirkung seiner Ermächtigung durch eigenes Eingreifen wieder aufzuheben oder abzuschwächen. Das wäre aber dem Zweck des Gesetzes umsomehr zuwider, als es die Ermächtigung grundsätzlich nicht rücknehmbar sein läßt (§ 112 Abs. 2). Tatsächlich würde die Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen auch eine sehr beschränkte sein, wenn der Vater durch eigene Geschäftsabschlüsse in den Geschäftsbetrieb des Minderjährigen eingreifen und womöglich das ganze Warenlager verkaufen könnte. Schließlich würde ein konkurrierendes Verfügungsrecht auch zur Rechtsunsicherheit führen, indem innerhalb des nämlichen Geschäftskreises sowohl der Minderjährige selbst, der „Geschäftsinhaber", wie auch der gesetzliche Vertreter mit verpflichtender Kraft für den ersteren handeln dürften und beide Verpflichtungen sich in Widerspruch zueinander setzen könnten.

§ 19.

Einschränkungen gemäß § 112 Abs. II BGB.

Eine nicht unerhebliche Einschränkung erleidet kraft ausdrücklicher und zwingender Gesetzesvorschrift die Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen insofern, als sie sich nicht auf solche Rechtsgeschäfte erstreckt, zu denen auch der gesetzliche Vertreter einer besonderen Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht bedarf. Zu all diesen Rechtsgeschäften muß der Minderjährige in jedem einzelnen Falle die besondere Genehmigung seines Vertreters einholen, der

seinerseits wiederum solche nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erteilen kann (§§ 1643, 1821-2). Es handelt sich hier in der Hauptsache um die in § 1822 Ziff. 8–11 aufgezählten Geschäfte, wie Aufnahme von Kredit, Eingehung von Wechselverbindlichkeiten, Bürgschaft und Erteilung von Prokura. Die übrigen im § 1822 genannten Geschäfte sind für die vorliegende Frage von minderer Bedeutung, da sie beim Betriebe eines Erwerbsgeschäftes so gut wie gar nicht vorkommen.

Die der Bewegungsfreiheit des Minderjährigen insoweit gezogenen Schranken beruhen auf der Erwägung, daß ihm nicht weitergehende Befugnisse eingeräumt werden können, als der gesetzliche Vertreter bei einem Betrieb des Geschäftes durch ihn selbst haben würde. Außerdem wollte man den Minderjährigen gegen die Gefahren eines völlig selbständigen Betriebes schützen. Es leuchtet ein, daß der Betrieb eines Erwerbsgeschäfts unter solchen Beschränkungen praktisch sehr behindert ist. Es bedeutet für den Minderjährigen nichts geringeres als Verlust der selbständigen Kredit-, Wechsel- und Verbürgungsfähigkeit. Aus diesem Grunde hat man auch versucht, den Minderjährigen von diesen Einschränkungen zu befreien.

Man hat zunächst behauptet, die Ermächtigung des § 112 erstrecke sich auch auf solche Geschäfte, für welche dem gesetzlichen Vertreter gemäß § 1825 eine allgemeine Ermächtigung erteilt werden könne. (Hachenburg Vorträge S. 179; Lenz S. 25; Düringer-Hachenburg Band I Einl. Anm. 104; Arch. f. Rechtsfälle Band 38 S. 58).

Ein Hinweis auf § 1825 ist im Gesetz aber nicht vorhanden, auch würde diese Ansicht in Widerspruch zur Entstehung des § 112 stehen. Bei der Schaffung des BGB. war seinerzeit ein solcher darauf zielender Antrag zunächst angenommen worden. Die Kommission für die 2. Lesung erkannte für eine solche Ausdehnung der Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen aber kein Bedürfnis an. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte ein Gewerbebetrieb von größerem Umfange, bei dem solche Geschäfte unausbleiblich sind, im allgemeinen nicht Gegenstand der Ermächtigung sein. Die Kommission beschloß daher die Fassung, die § 112 im Gesetz erhalten hat. Durch den Wegfall des Hinweises auf § 1825 ist damit klar und deutlich zum Ausdruck gebracht, daß das Gesetz die Ermächtigung nicht auf solche Geschäfte ausgedehnt wissen wollte, für welche nach § 1825 dem gesetzlichen Vertreter eine allgemeine Ermächtigung erteilt werden kann. Das Erfordernis der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht für den gesetzlichen Vertreter schließt also ohne Rücksicht auf die Möglichkeit seiner allgemeinen Ermächtigung nach § 1825 die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen zur selbständigen Vornahme solcher Geschäfte aus. Düringer-Hachenburg meint zwar (a. a. O. Anm. 104), allein aus der Streichung des die allgemeine Ermächtigung des Minderjährigen ausdrücklich zulassenden Satzes in § 67 im ersten Entwurf könne noch nicht die Unanwendbarkeit des § 1825 auf den Minderjährigen selbst ge-

folgert werden. Ohne diese generelle Ermächtigung würde der zum Gewerbebetrieb ermächtigte Minderjährige in vielen Fällen zu unselbständig sein. (So auch Hachenburg S. 179; Arch. f. Rechtsfälle Band 38 S. 58). Allein dieser Einwand nicht genügender Selbständigkeit reicht doch wohl noch nicht aus, um die Vorschrift des § 112 Satz 2 und des § 1822 einfach zu beseitigen. Nach § 112 Satz 2 sind von der Ermächtigung ausgenommen Rechtsgeschäfte, zu denen der Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf. Es wird also kein Unterschied gemacht zwischen Geschäften, für die der gesetzliche Vertreter die Sondergenehmigung haben muß und denen, für die das Vormundschaftsgericht eine allgemeine Genehmigung erteilen kann. Vielmehr will § 112 Satz 2 alle Geschäfte erfassen, für die der gesetzliche Vertreter der Genehmigung bedarf; dazu gehören aber auch die in § 1822 Ziffer 8—10 aufgeführten Geschäfte. Zudem ist § 1825 ausschließlich für den gesetzlichen Vertreter gegeben, er regelt dessen Verhältnis zum Vormundschaftsgericht, eine analoge Anwendung auf eine Ermächtigung des Minderjährigen kann daher nicht ohne weiteres stattfinden.

Aus demselben Grunde wird man dem Minderjährigen eine Selbständigkeit hinsichtlich jener Geschäfte des § 1822 Ziffer 8 bis 10 auch nicht dadurch verschaffen können, daß man es für zulässig erachtet, daß das Vormundschaftsgericht seine allgemeine Ermächtigung statt dem gesetzlichen Vertreter dem Minderjährigen selbst erteilen kann. Es ist auch gar nicht ersichtlich, inwiefern einer solchen allgemeinen Ermächtigung des Vormundschaftsgerichts an den Minderjährigen selbst eine derartige Bedeutung für dessen Selbständigkeit zukommen soll. Diese allgemeine Ermächtigung würde für sich allein dem Minderjährigen noch keineswegs die Fähigkeit zur selbständigen Vornahme des in Betracht kommenden Rechtsgeschäfts verleihen. Sie ist nicht etwa ein Ersatz für die Ermächtigung durch den gesetzlichen Vertreter, die sich auf jene Geschäfte nicht erstreckt. Es würde immer noch die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich sein.

Es bleibt somit die unabänderliche Tatsache bestehen, daß der Minderjährige hinsichtlich aller Geschäfte, zu denen der gesetzliche Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf (§ 1821 ff.) nicht selbständig ist und zu ihrer Vornahme jedes Mal den gesetzlichen Vertreter zur Mitwirkung heranziehen muß. So auch die herrschende Meinung (Ehrenbergs Handbuch Band 2 S. 193: Cosack HGB. § 13 Anm. III 2; Staudinger § 112 Anm. 3; Planck Anm. 2; Staub § 1 Anm. 21; Dernburg Band I § 122; Court in DJZ. 04 S. 213).

§ 20.

Bestimmung und Umfang des § 113 BGB.

Eine zweite Klasse von erwerbstätigen Minderjährigen hat der Gesetzgeber in § 113 zusammengefaßt. Es handelt sich hier um alle die Minderjährigen, die sich mit Ermächtigung ihres gesetzlichen Vertreters in Dienst oder Arbeit begeben.

Die gemeinrechtliche Praxis hatte, dem gebieterischen Bedürfnis des Lebens nachkommend, derartige Verträge vielfach geschützt, ohne aber mangels positiver Grundlagen zu gesicherten Ergebnissen zu gelangen. Die Grundlage für § 113 bildet ebenfalls — wie für § 112 — das preußische Gesetz vom 12. 7. 1875, und zwar § 6 dieses Gesetzes. Dieser bestimmte: „Hat der Vater seine Genehmigung erteilt, daß der Minderjährige in Dienst oder Arbeit trete, so ist letzterer selbständig zur Eingehung und Auflösung von Dienst- oder Arbeitsverhältnissen der genehmigten Art befugt."

§ 113 umfaßt aber nur die Verträge, die die Minderjährigen selbst abschließen. Es fallen darunter nicht solche Verträge, die der gesetzliche Vertreter im eigenen Namen geschlossen hat. Ebenfalls werden öffentlich-rechtliche Verträge von der Bestimmung des § 113 nicht erfaßt.

Die Ermächtigung muß sich beziehen auf den Eintritt des Minderjährigen „in Dienst oder Arbeit", also auf Eingehung von Arbeitsverträgen. Dabei ist hervorzuheben, daß es sich um Uebernahme entgeltlicher Dienst- oder Arbeitsverträge handelt. Die Gewährung einer Vergütung, die selbstverständlich nicht allein in Geld bestehen muß, ist hier ebenso wesentlich wie in §§ 611 ff., 631 ff.

Das BGB. hat die Unterscheidung verschiedener Arten von Dienstleistungen in sozialer Würdigung des Wortes jeder persönlichen Arbeit grundsätzlich fallen lassen. Nach § 611 Satz 2 können Dienste jeder Art Gegenstand des Dienstvertrages sein. Auch die sogenannten „höheren" Dienst- und Arbeitsleistungen zählen hierzu. Aber nicht nur die Dienstleistung selbst kann Gegenstand des Vertrages sein, sondern auch ein herzustellender Erfolg (§§ 631 ff.). Zunächst sind allerdings unter Arbeit wohl einfach Dienstverhältnisse von gewerblichem Charakter zu verstehen (Handwerksgeselle, Fabrikarbeiter, kaufmännische Angestellte). Es ist aber nicht anzunehmen, daß das Gesetz den § 113 lediglich auf Dienstverträge in technischem Sinn hat beschränken wollen. Er muß vielmehr auch auf Werk-, Makler- und sonstige Arbeitsverträge erstreckt werden. Dienst- und Werkvertrag sind nach der herrschenden Ansicht im wesentlichen nur durch die Regelung der Gefahrverteilung verschieden, eine Frage, die mit der Anwendung des § 113 nicht das mindeste zu tun hat. (Enneccerus Band I § 142 Anm. 16; Staudinger § 113 Anm. 4; Oertmann Anm. 4 c). Zu bemerken ist aber, daß es sich im § 113 um solche Dienst- oder Arbeitsverhältnisse handeln muß, die von dem Minderjährigen nicht auf Grund eines selbständigen Erwerbsgeschäftes getätigt werden; der Minderjährige muß vielmehr seine Person einsetzen, um sich dem Dienstberechtigten zur Verfügung zu stellen. Die persönliche Dienst- und Arbeitskraft muß den Weisungen des Berechtigten unterstellt sein.

Bestritten ist, ob § 113 auch auf Lehrverträge Anwendung finden kann. Die herrschende Lehre lehnt eine Ausdehnung hierauf ab, weil der Minderjährige dabei nicht nur als Arbeitnehmer auftrete, sondern vielmehr der Ausbildungszweck den Hauptgrund des Ver-

trages bilde, und ein Schutzbedürfnis des Lehrlings auch weiterhin bestehe (Ehrenbergs Handbuch Band II S. 278; Enneccerus Band I § 142; Staudinger § 113 Anm. 4; RGRK. Anmerkung 1; Planck Anm. 2a).

Demgegenüber ist aber zu sagen, daß die weite Fassung des Textes dazu berechtigt, auch solche Fälle einzubeziehen, in denen der Vertrag neben anderen Bestandteilen auch Arbeitsleistungen des Minderjährigen zum Gegenstand hat (Oertmann § 113 Anm. 4c). Von besonderer Bedeutung in dieser Frage ist die Stellungnahme des Reichsarbeitsgerichts. Die Ansicht des Reichsarbeitsgerichts geht dahin, daß grundsätzlich § 113 auch auf das Dienstverhältnis eines Lehrlings anzuwenden sei. Es begründet diese Ansicht damit, daß zwar auch heute noch der Lehrlingsvertrag den Charakter eines Lehrvertrages habe, zugleich aber auch die Elemente des Arbeitsvertrages enthalte und daher gleichzeitig als Lehr- und Arbeitsvertrag anzusehen sei. (Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts Band II Nr. 45 S. 149; Nr. 70 S. 198 ff.; Band 4 Nr. 25 S. 87; Nr. 34 S. 119; Band 5 Nr. 81; Band 10 Nr. 38 S. 149 Band 11 Nr. 107 S. 458; Reichsarbeitsgericht in J. W. 1930 S. 427). An dieser Stellungnahme des Reichsarbeitsgerichts muß festgehalten werden. Ursprünglich hatte allerdings der Lehrvertrag den Charakter eines reinen Erziehungs- und Lernvertrages, bei dem die Ausbildung, Erziehung und Aufnahme in die Familie des Lehrherrn als eigentlicher Zweck des Vertrages im Vordergrund standen, während die Arbeitsleistung des Lehrlings nur eine unwesentliche Rolle spielte. Der Ausbildungszweck gab also dem ganzen Rechtsverhältnis sein Gepräge. Im Laufe der Entwicklung der Gewerbe- und Geschäftsverhältnisse ist der Lehrvertrag aber immer mehr zu einem Vertrage geworden, bei dem auch die Arbeitsleistung des Lehrlings eine sehr wesentliche Rolle spielt, und bei dem der Lehrherr darauf bedacht ist, als Gegenwert für die von ihm gegebene Ausbildung auch Nutzen für sein Geschäft aus der Arbeitsleistung zu ziehen. Diese Entwicklung hat dazu geführt, daß der Lehrvertrag, wenn dessen Hauptzweck auch die Ausbildung des Lehrlings geblieben ist, doch auf der anderen Seite auch die Elemente des Arbeitsvertrages in sich birgt. (Rosenthal § 113; auch Enneccerus Bd. 1 S. 463, Anm. 10 sieht den Lehrvertrag als Arbeitsvertrag an). Der Lehrvertrag ist ein dem Arbeitsvertrag verwandter Vertrag, bei dem sich die Dienstleistungspflicht des Lehrlings und die Ausbildungspflicht des Lehrherrn als Austauschleistungen gegenüberstehen, daneben aber in der Regel noch besondere Nebenverpflichtungen über Vergütung zu Gunsten des Lehrlings vereinbart werden. Fälle, in denen der Lehrling in das Haus des Lehrherrn aufgenommen wird und dort Naturalverpflegung erhält, finden sich heutzutage so gut wie gar nicht mehr. Der Erziehungszweck ist durch den Wegfall der Aufnahme des Lehrlings in die häusliche Gemeinschaft des Lehrherrn stark in den Hintergrund getreten. Die Einwirkung des Lehr-

herrn auf den Lehrling beschränkt sich im wesentlichen auf die Zeit, in der der Lehrling im Betriebe des Lehrherrn tätig ist.

Daß der persönliche Zweck beim Abschluß des Lehrvertrages auch heute noch im Vordergrund steht, mag richtig sein. Neben diesem Hauptzweck ist aber die Verrichtung produktiver Arbeit durch den Lehrling, die im ersten Lehrjahre naturgemäß geringer ist, in den weiteren Jahren aber immer wertvoller für den Lehrherrn wird, stark in den Vordergrund geraten. Das kommt auch dadurch zum Ausdruck, daß die dem Lehrling nach dem Lehrvertrag zu zahlende Entschädigung nicht für die ganze Dauer der Ausbildungszeit in gleichbleibender Höhe vereinbart wird, sondern im Laufe der Lehrzeit sich steigert. Die Kosten für die Erziehung steigern sich nicht so erheblich, anders aber ist es mit der Arbeitsleistung, die, wie bereits hervorgehoben, in den späteren Jahren bedeutend wertvoller für den Lehrherrn wird. Die dem Lehrling gezahlte Entschädigung bedeutet demnach, mag sie vielfach auch Kostgeld oder Unterhaltsbeihilfe genannt werden, tatsächlich eine Entschädigung für den Wert seiner jeweiligen Arbeit und somit Arbeitslohn. Man kann daher den Lehrlingsvertrag bezeichnen als „Arbeitsvertrag mit der Besonderheit, daß der Lehrling die Leistung von Diensten zum Zwecke der Berufserlernung, der Lehrer die Ausbildung des Lehrlings verspricht" (Kaskel S. 248; Handwörterbuch der Staatswissenschaften Band 6 S. 322). Tatsächlich stehen sich Lehrling und Lehrherr ebenso als Arbeitnehmer und Arbeitgeber gegenüber, wie dies bei einem persönlichen Arbeitsverhältnis der Fall ist. Aus der Verwandtschaft des Lehrlingsverhältnisses mit dem Arbeitsverhältnis zieht der Gesetzgeber mehrfach die Folgerung, die Lehrlinge den Arbeitern oder Angestellten rechtlich gleichzustellen (Betriebsrätegesetz, Gewerbegerichtsgesetz). Muß also davon ausgegangen werden, daß Lehrverträge grundsätzlich unter den Begriff des Dienst- oder Arbeitsvertrages fallen, so muß daraus die weitere Folgerung gezogen werden, daß die Vorschrift des § 113 an sich auch auf das Dienst- oder Arbeitsverhältnis eines Lehrlings anwendbar ist. (Reichsarbeitsgericht vom 13. 2. 1929 in Band 5 Nr. 81).

§ 21.

Wesen und Wirkung der Ermächtigung.

Was das Wesen der Ermächtigung betrifft, so treffen für § 113 die gleichen Ausführungen zu, die im Falle des § 112 gemacht sind. (vergl. § 17 S. 55 ff.) Nur ist hier im Gegensatz zu § 112 die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht erforderlich. Dies erklärt sich offenbar daraus, daß die Ermächtigung hier von geringerer Tragweite ist, als in den umfassenden Fällen des § 112.

a) Volle Geschäfts- und Prozeßfähigkeit.

Wie § 112 beruht § 113 nach Wortlaut und Sinn auf dem Gedanken einer relativen Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen. Der Minderjährige hat also grundsätzlich, soweit die Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters geht, die gleiche Stellung wie ein unbeschränkt Geschäftsfähiger. In diesem Rahmen ist er selbständig bewegungs-

fähig und, da er sich insoweit durch Verträge verpflichten kann, auch prozeßfähig. (§ 52 ZPO.) Im einzelnen hat die Erteilung der Ermächtigung zur Folge, daß der Minderjährige nunmehr befugt ist, einen Vertrag im Sinne des § 113 abzuschließen, zu ändern, aufzuheben usw. Insbesondere kann er das Dienstverhältnis kündigen und ein anderes, das auf dem gleichen Berufsgebiete liegt, eingehen; oder er kann die ursprünglich vereinbarte Dauer des Vertrages verlängern. Er kann ferner alle Rechtsgeschäfte, die sich auf die Wahrnehmung seiner Rechte aus dem Vertragsverhältnis beziehen, und die die Erfüllung dieses Verhältnisses betreffen, vornehmen. So kann er die zu seinem Unterkommen erforderlichen Miets- und Kostverträge selbständig abschließen, er ist ferner fähig zur Entgegennahme der zugesagten Gegenleistung, wie auch zu deren Stundung oder Umwandlung von Geld in Naturalleistungen. Im Falle der Einklagung der Lohnforderung ist nur der Minderjährige zu dieser Klage berechtigt, nicht der gesetzliche Vertreter. Schließlich ist der Minderjährige auch in der Lage, Vergleiche zu schließen und Schadensersatzansprüche aus dem Vertragsverhältnis selbst geltend zu machen (z. B. auch aus § 618); andererseits kann er aber auch auf Ersatz verklagt werden.

Im Vergleich zu § 112 ist die Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen in § 113 aber beschränkt, indem die darunter fallenden Akte sehr begrenzt sind. Es genügt nicht eine allgemeine Bezugnahme auf einen Geschäftsbetrieb, sondern es müssen gerade Geschäftsabschlüsse bestimmter Art in Frage stehen. Die Worte „der gestatteten Art" beziehen sich lediglich auf die Art der von dem Minderjährigen übernommenen bezw. zu übernehmenden Dienst- und Arbeitsleistungen, da nicht von Dienst*verträgen*, sondern von Dienstverhältnissen die Rede ist. Bei der Frage, was Geschäfte der „gestatteten Art" sind, ist zunächst natürlich der Wortlaut der Ermächtigung entscheidend. Es kommt nicht auf die Zugehörigkeit des abzuschließenden Vertrages zu einem bestimmten Geschäftstyp an, sondern auf die Art des gestatteten Verhältnisses. Ob dieselbe Art von Geschäften vorliegt, richtet sich weniger nach rechtlichen Gesichtspunkten, als nach wirtschaftlichen und sozialen Momenten unter Würdigung der Verkehrsauffassung. Andererseits darf aber die gestattete Art nicht zu eng aufgefaßt werden. „Nicht auf die — kaum mögliche — völlige Gleichheit des einen oder anderen Verhältnisses kommt es an, sondern auf grundsätzliche Gleichwertigkeit; die Merkmale der Aehnlichkeit müssen die der Verschiedenheit überwiegen". (Oertmann § 113 Anm. 5a). Man wird auch solche Vereinbarungen in den von § 113 umfaßten Kreis einbeziehen müssen, die nur nebensächlich mit dem Vertragsschluß in Verbindung stehen, ohne ihm begriffswesentlich zu sein. Aber nicht schlechthin auf alle Abreden erstreckt sich die erweiterte Geschäftsfähigkeit in § 113, sondern nur auf solche, die mit dem Dienstvertrag regelmäßig und in verkehrsüblicher Weise verbunden zu werden pflegen. (Oertmann § 113 Anm. 5b; Planck § 113 Anm. 2b). Nach dem Wortlaut und Zweck des §

113 erscheint es ausgeschlossen, daß die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zum selbständigen Abschluß eines Arbeitsvertrages den Minderjährigen ermächtigt, Verpflichtungen einzugehen, die über die Natur des in Rede stehenden Vertrages hinausgehen, und die wegen ihrer Tragweite und Eigenart im voraus zu bestimmen der Vertreter nicht beabsichtigt haben kann. (Mot. Band I S. 145). Soweit es sich aber lediglich um Nebenabreden handelt, die verkehrsüblich sind, wird man dem Minderjährigen die Befugnis zu ihrem Abschluß nicht abstreiten können. Es wäre höchst seltsam, dem zum Hauptvertrag Berechtigten die Befähigung zur bloßen Nebenabrede abzusprechen. Das muß sowohl bei Nebenabreden zu Gunsten des Minderjährigen, wie auch bei solchen zu Gunsten des anderen Teils gelten. Man wird hier zu nennen haben: Annahme und Bestellung von Pfändern und sonstigen Sicherheiten, wie Vertragsstrafe und Reugeld. Dagegen wird man in diesen Kreis nicht die Vereinbarung einer Wettbewerbsklausel einbeziehen dürfen, da sie etwas Außergewöhnliches darstellt. Hierfür spricht schon der Umstand, daß der Gesetzgeber zur Sicherung der Handlungsgehilfen, Betriebsbeamten und ähnlicher Angestellten gegen den Mißbrauch von derartigen Klauseln besondere und in die Vertragsfreiheit tief einschneidende Bestimmungen getroffen hat. Daß für die gewerblichen Minderjährigen derartige Schutzbestimmungen nicht getroffen sind, erklärt sich eben nur daraus, daß der Gesetzgeber derartige Klauseln nicht unter die Geschäfte der gestatteten Art im Sinne des § 113 fallen lassen wollte.

Zum Abschluß dieses Punktes mag noch auf die Frage eingegangen werden, wie es mit dem Eintritt des Minderjährigen in die Deutsche Arbeitsfront und den Freiwilligen Arbeitsdienst steht.

Was zunächst die Deutsche Arbeitsfront betrifft, so hat diese eine abschließende gesetzliche Regelung noch nicht erfahren. Die bisher ergangenen Anordnungen befassen sich lediglich mit der Organisation, eine allgemeine und sichere Rechtsgrundlage stellen sie aber nicht dar. Die Deutsche Arbeitsfront ist die Zusammenfassung aller im Arbeitsleben stehenden Menschen ohne Unterschied ihrer wirtschaftlichen und sozialen Stellung; mit dem Wegfall der verschiedenen Berufsvereine ist sie zum beherrschenden Faktor unseres gesamten sozialen Lebens geworden. Im Interesse der Rechtssicherheit darf man sie daher nicht einfach außerhalb des Rechtsverkehrs stellen und sie als Gebilde ansehen, das jeder Rechtsform entbehrt. Vielmehr muß versucht werden, sie vorläufig bis zum Erlaß des Gesetzes unter einen vorhandenen Rechtsbegriff zu bringen.

Trotz der weitgehenden Bindungen der Deutschen Arbeitsfront an die NSDAP. stellt diese keine Untergliederung der Partei sondern lediglich eine Nebenorganisation dar. Sie soll etwas Dauerhaftes, vom Mitgliederwechsel Unabhängiges sein. Ein Gesellschaftsverhältnis, dessen Grundlage in einem Zusammenschluß der einzelnen Wirtschaftsverbände zur Deutschen Arbeitsfront liegen würde, ist deshalb abzulehnen. Da es sich bei der Deutschen Arbeitsfront nicht um

einen sogenannten wirtschaftlichen Verein handelt, andererseits ihre Eintragung in das Vereinsregister nicht stattgefunden hat, ist sie auch nicht als juristische Person im Sinne der §§ 21 ff. BGB. anzusehen. Man wird die Deutsche Arbeitsfront nur *als einen nicht rechtsfähigen Verein* ansehen können, allerdings mit stark öffentlich-rechtlichem Einschlag, da sie die einzige vom Staate anerkannt berufliche Gliederung des deutschen Arbeiters ist.

Bei dieser rechtlichen Natur der Deutschen Arbeitsfront wird man also grundsätzlich davon auszugehen haben, daß ein Minderjähriger ohne Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters nicht rechtswirksam seinen Beitritt in die Deutsche Arbeitsfront erklären kann. Die selbständige Stellung, die § 113 den in Arbeit oder Dienst stehenden Minderjährigen eingeräumt hat, erstreckt sich auf die Eingehung und Aufhebung der betreffenden Rechtsverhältnisse, ferner auf alle die Rechtsgeschäfte, die sich auf die Wahrung der Rechte des Minderjährigen aus diesem Vertragsverhältnis beziehen und schließlich noch auf solche Vereinbarungen, die nur nebensächlich mit dem Vertragsschluß in Verbindung stehen. (z. B. Vertragsstrafe, Reugeld). Damit ist aber der Kreis der von § 113 erfaßten Rechtsgeschäfte geschlossen. Bei dem hier in Frage stehenden Beitritt zur Deutschen Arbeitsfront handelt es sich aber um keines der von § 113 umfaßten Rechtsgeschäfte, sodaß ein selbständiges Recht des erwerbstätigen Minderjährigen, in die Deutsche Arbeitsfront einzutreten, unmittelbar aus § 113 nicht hergeleitet werden kann. Man wird dieses Recht aber mittelbar aus der von dem gesetzlichen Vertreter erteilten Ermächtigung ableiten können. Aus dieser Ermächtigung ergibt sich stets der Wille des gesetzlichen Vertreters, den Minderjährigen insoweit selbständig zu machen, als es im Interesse seiner Ausbildung und seines Berufes liegt. Abgesehen davon, daß der Minderjährige durch den Eintritt in die Deutsche Arbeitsfront einen Anspruch auf Rechtsschutz und Erwerbslosenunterstützung erlangt, erstrebt die Deutsche Arbeitsfront insbesondere aber auch die berufliche Fortbildung und Ertüchtigung ihrer Mitglieder. Eine Mitgliedschaft des Minderjährigen bei der Deutschen Arbeitsfront kann daher nur in seinem Interesse liegen.

Durch den Eintritt des Minderjährigen in den Freiwilligen Arbeitsdienst entsteht ein Rechtsverhältnis besonderer Art. Ein Arbeits- oder Dienstverhältnis nach Maßgabe der allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen (also in zivilrechtlicher Hinsicht) wird durch den Eintritt nicht begründet. Soweit ein Minderjähriger demnach mit Einwilligung seines Vertreters in den Freiwilligen Arbeitsdienst eintritt, erlangt er nicht die selbständige Stellung, wie sie § 113 den betreffenden Minderjährigen einräumt.

Für die vorliegende Arbeit handelt es sich um die Frage, ob ein Minderjähriger, der mit Ermächtigung seines gesetzlichen Vertreters in Dienst oder Arbeit getreten ist, ohne dessen Genehmigung seinen Eintritt in den Arbeitsdienst erklären kann. Man wird das bejahen müssen, soweit der Minderjährige nach Ablauf der Ar-

beitsdienstzeit das frühere Dienst- oder Arbeitsverhältnis wieder aufnimmt. Wenn ein Minderjähriger nach § 113 in der Lage ist, sein Dienst- oder Arbeitsverhältnis ganz aufzuheben, dann muß er auch wohl in der Lage sein, das Dienstverhältnis auf eine gewisse Zeit zu unterbrechen, um im Freiwilligen Arbeitsdienst tätig zu sein, der ihm für sein künftiges Fortkommen im Berufe nur von Vorteil sein kann. Zum mindesten wird man aber auch hier, wie im Falle der Deutschen Arbeitsfront, eine mittelbare Befugnis des Minderjährigen aus der ihm von seinem gesetzlichen Vertreter erteilten Ermächtigung herleiten können. Da, wie bereits hervorgehoben, der Eintritt in den Arbeitsdienst kein zivilrechtliches Dienstverhältnis erzeugt, kann eine direkte Anwendung des § 113 nicht erfolgen. Der Minderjährige erlangt innerhalb des § 113 die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit nur zur Begründung von privatrechtlichen Rechtsverhältnissen. Gegen eine entsprechende Anwendung des § 113 auf den vorliegenden Fall wird man aber keine Bedenken tragen. Soweit der Minderjährige sein Dienstverhältnis ganz auflöst, um in den Arbeitsdienst einzutreten, erlangt er damit wieder die gleiche Rechtsstellung, wie er sie vor Eintritt in das Erwerbsleben hatte. Man wird in diesem Falle zum Eintritt in den Arbeitsdienst die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters verlangen müssen.

§ 22.

Das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Vaters.

Die Rechtsordnung hat dem Vater, solange das Kind noch minderjährig ist, die elterliche Gewalt übertragen (§ 1626), die sich auf die Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes erstreckt (§ 1627). Die Sorge für die Person des Minderjährigen interessiert uns weniger, für die vorliegende Arbeit ist vielmehr in erster Linie von Bedeutung, wie sich die Sonderstellung der erwerbstätigen Kinder auf die Rechte des väterlichen Gewalthabers an dem Vermögen seiner Kinder auswirkt.

Aehnlich dem Rechte des Mannes am eingebrachten Gut seiner Ehefrau zerfällt das Recht des Vaters am Kindesvermögen in das Verwaltungs- und in das Nutznießungsrecht. Das BGB. behandelt das elterliche Verwaltungs- und Nutznießungsrecht am Kindesvermögen als eine dem Interesse des Minderjährigen dienende Schutzeinrichtung nach Art der Vormundschaft, die ihrem Inhaber das Recht und die Pflicht der Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes gibt und ihn zugleich zur gesetzlichen Vertretung des Kindes beruft. (Staudinger Band 4 Abt. 2 S. 973; RGRK. vor § 1616 S. 309; J. W. 1925 S. 309). Insofern hebt sich aber die elterliche Gewalt von der Vormundschaft ab, als sie zugleich einem eigenen Interesse des Gewalthabers dient, indem sie ihm auch die Nutznießung am Kindesvermögen gewährt. Dadurch sind zwei völlig verschiedene Zwecke des elterlichen Verwaltungsrechts miteinander verbunden.

Im Gegensatz zu dem Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Ehemannes am eingebrachten Gut seiner Frau, das, wie wir ge-

sehen haben, nur einheitlich ent- und bestehen kann, besteht bei diesen Rechten des Gewalthabers am Kindesvermögen nicht eine derartig starke Zusammengehörigkeit.

Das BGB. hat dem Gewalthaber das Nutznießungsrecht am Vermögen des Kindes, das sich als ein dem vormundschaftlichen Charakter der elterlichen Gewalt fremdes Element darstellt, mit Rücksicht auf die bisherige Rechtsentwicklung und im Interesse der Stärkung der elterlichen Autorität als eigenes Recht eingeräumt (OLG. Band 26 S. 263) und dieses Nutznießungsrecht als einen, wenn auch mehr nebensächlichen Bestandteil der elterlichen Gewalt erklärt. (Mot. 4 S. 724 ff.; Entwürfe 4 S. 404 ff.). Das Nutznießungsrecht am Vermögen des Kindes ist ein eigenes, absolutes Recht des Vaters. Die selbständige Bedeutung dieses Rechtes zeigt sich darin, daß es auch dann bestehen bleibt, wenn das Verwaltungsrecht aus besonderen Gründen fortfällt (§ 1656). Sie ergibt sich ferner daraus, daß der Vater auf das Nutznießungsrecht verzichten kann, dagegen auf das Verwaltungsrecht nicht. (Staudinger § 1662 Anm. 1).

Trotz vielfacher Berührungspunkte ist daher das Recht des Vaters auf Nutznießung und Verwaltung von dem beim gesetzlichen Güterstand dem Ehemann zustehenden Verwaltungs- und Nutznießungsrecht grundsätzlich verschieden (RGRK. § 1638 Anm. 1).

Inhalt des elterlichen Nutznießungsrechts ist die Befugnis des Gewalthabers, die Früchte der zum Vermögen des Kindes gehörenden Sachen und Rechte zu ziehen und darüber wie ein Eigentümer zu verfügen. Da, wie bereits oben erwähnt, dem Vater das Nutznießungsrecht als eigenes Recht zusteht, ist er für die Verwendung der Einkünfte des Minderjährigen diesem gegenüber nicht verantwortlich.

Streng zu scheiden vom Nutznießungsrecht ist das Verwaltungsrecht des elterlichen Gewalthabers. Dieses ist im BGB. als eine Art freiere Vormundschaft gestaltet, es stellt einen Komplex von Rechten und Pflichten dar, die um der Fürsorge für das minderjährige Kind willen eingeräumt bezw. auferlegt sind.

§ 23.

Einfluß der Erwerbstätigkeit des Minderjährigen auf das Nutznießungsrecht des Vaters.

Im Interesse der erwerbstätigen Minderjährigen hat der Gesetzgeber aber in diese Rechte des elterlichen Gewalthabers eingegriffen. Was zunächst das Nutznießungsrecht betrifft, so hat er hier gewisse Teile des Kindesvermögens von der elterlichen Nutznießung ausgenommen. Durch § 1650 sind einmal die ausschließlich zum persönlichen Gebrauch des Kindes bestimmten Sachen wie Kleidungsstücke, Schmucksachen, Arbeitsgeräte der Nutznießung durch den Vater entzogen. Vor allem aber ist nach § 1651 Abs. 1 Ziff. 1 das, was das Kind durch seine Arbeit oder durch den nach § 112 gestatteten selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes erwirbt, als freies Kindesvermögen erklärt worden. Das bedeutet, daß die elterliche Nutz-

nießung an diesem Vermögensteil ausgeschlossen ist und dem Minderjährigen allein dieses Nutznießungsrecht zusteht. Eine Einschränkung der Ermächtigung durch den elterlichen Gewalthaber, insbesondere ein Vorbehalt bezüglich des Nutznießungsrechts ist nicht möglich (RGRK. § 1651 Anm. 1; Staub § 1 Anm. 21; Düringer-Hachenburg Einl. Anm. 104). Dagegen steht es dem Vater frei, auf das Nutznießungsrecht zu verzichten, auch ohne daß die Voraussetzungen des § 1651 vorliegen, denn hier besteht nicht der untrennbare Zusammenhang mit dem Verwaltungsrecht wie beim gesetzlichen Güterstand zwischen Ehegatten.

Die Gründe, die den Gesetzgeber dazu veranlaßt haben, den Gewinn des Minderjährigen aus seiner Erwerbstätigkeit, insbesondere aus dem selbständigen Betriebe, von der elterlichen Nutznießung zu befreien, liegen einmal darin, daß der Erwerb durch den Betrieb eines Geschäftes seiner Natur nach nicht den Charakter des Kapitals, sondern den laufender Einnahmen hat und sich deshalb wirtschaftlich nicht dazu eignet, Gegenstand der Nutznießung zu sein. Ferner sah man aber auch die Beseitigung der elterlichen Nutznießung als einen sehr wirksamen Ansporn zur Fleißentfaltung des Minderjährigen an. Wenn er die Früchte seiner selbständigen Arbeit ungeschmälert erhält, so ist mit Sicherheit anzunehmen, daß er zu seinem Vorteil die denkbar größte Sorgfalt in der Ausübung seiner Tätigkeit walten lassen wird. (Mot. Band 4 S. 774).

Wird das Erwerbsgeschäft zwar im Namen des Minderjährigen, aber nicht von ihm selbst, sondern von dem Vater in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter betrieben, so wird der Ertrag dieses Geschäfts, auch wenn der Minderjährige mit in dem Geschäfte tätig ist, nicht freies Vermögen, da es sich nicht um ein selbständiges Erwerbsgeschäft im Sinne von § 112 handelt. Aber in diesem Falle erleidet doch die Art der väterlichen Nutznießung insoweit eine Beschränkung, als dem Vater nur der sich aus dem Betriebe ergebende jährliche Reingewinn gebührt (§ 1655). Zu beachten ist auch, daß der Erwerb nur dann freies Vermögen wird, wenn der selbständige Betrieb nach § 112 vom gesetzlichen Vertreter gestattet ist. Liegt diese Ermächtigung nicht vor, dann unterliegt solcher Erwerb des Kindes als nicht freies Vermögen der elterlichen Nutznießung. Auch bedarf der Minderjährige in diesem Falle zu jedem einzelnen Rechtsgeschäft der Zustimmung des Vaters, da er mangels der Ermächtigung für diese Rechtsgeschäfte nur beschränkt geschäftsfähig ist. Dagegen ist es für den Erwerb im Falle des § 113 — Eintritt in ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis — gleichgültig, ob dieser Eintritt mit oder gar gegen den Willen des Vaters erfolgt. (Dernburg 4 § 79 II; Goldmann-Lilienthal Band III § 40; Enneccerus Band 4 § 80 I; Warneyer § 1659).

Auf den Begriff des Erwerbes einzugehen, erübrigt sich mit Rücksicht auf die auch hier zutreffenden Ausführungen bei der Behandlung im Falle des § 1367 (vgl. Teil I § 5 S. 17 ff.). In beiden Fällen ist der Begriff des Erwerbes der gleiche, in beiden Fällen ist

er möglichst weit auszulegen. Auch beim Erwerb durch den Minderjährigen kommt nur ein solcher in Betracht, den dieser durch eine Tätigkeit für eigene Rechnung erzielt. Es scheidet mithin der Erwerb aus, den der Minderjährige durch Dienste erzielt, die er auf Grund des § 1617 im elterlichen Hause verrichtet. Dagegen haben die den Kindern auf Grund der Arbeitsversicherungsgesetze zukommenden Bezüge, insbesondere die Unfallrente, als Erwerb durch Arbeit zu gelten. (RGRK. § 1651 Anm. 1; Recht 1913 S. 247).

Wie zu Gunsten der wirtschaftlichen Selbständigkeit bei der Ehefrau die Vorschrift des § 1367 durch § 1370 ergänzt wird, indem auch die sog. Surrogate dem ehemännlichen Recht entzogen werden, so findet sich auch bei dem erwerbstätigen Minderjährigen eine gleiche Vorschrift, durch die solche Surrogate freies, also von der Nutznießung des Vaters ausgeschlossenes Vermögen werden. Und zwar ist dies die Bestimmung des § 1638 Abs. 2, die nach § 1651 Abs. 2 entsprechende Anwendung finden soll.

§ 24.

Der Einfluß der Erwerbstätigkeit des Minderjährigen auf das Verwaltungsrecht des Vaters.

Es ist nun daraus, daß der gemäß §§ 112, 113 gezogene Erwerb von der elterlichen Nutzung frei sein soll, nicht ohne weiteres zu folgern, daß er deshalb auch von der Verwaltung frei ist.

Eine positive Vorschrift, wie die Erwerbstätigkeit des Minderjährigen auf das Verwaltungsrecht des Vaters wirkt, findet sich im Gesetz nicht. Diese Frage muß daher aus dem ganzen Sinn und Zweck der betreffenden Vorschriften gelöst werden. Grundsätzlich erstreckt sich die dem Gewalthaber nach § 1627 zustehende Sorge für das Vermögen des Kindes auf dessen gesamtes Vermögen. Ausdrücklich ausgeschlossen von der elterlichen Verwaltung ist durch § 1628 lediglich das Vermögen, zu dessen Verwaltung ein Pfleger bestellt ist und durch § 1638 das Vermögen, das das Kind von Todeswegen erwirbt, oder das ihm unter Lebenden von einem Dritten unentgeltlich zugewendet wird. In den beiden letzteren Fällen muß aber weiter hinzukommen, daß der Erwerb nach dem ausdrücklichen Willen des Erblassers bezw. des Dritten der Verwaltung des Vaters entzogen sein soll. Außerdem muß der väterlichen Verwaltung aber noch alles das entzogen sein, was dem Minderjährigen zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes nach § 112 überlassen ist. Es ergibt sich das aus der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen für den Betrieb, zu dem das Vermögen bestimmungsgemäß verwendet werden soll, und aus dem Begriff des selbständigen Betriebes, bei dem eine Beaufsichtigung durch den Vater nicht gut denkbar ist. Vor allem aber bedeutet der Betrieb, zu dem die Ermächtigung erteilt wird, gerade die Verwaltung.

Es liegt nun der Schluß nahe, daß auch alles vom Kind in seiner Stellung als Erwerbstätiger erworbene Vermögen der elterlichen Verwaltung entzogen sein muß. Dieser allgemeine Satz scheint

auch in den Motiven Band 4 S. 773 ausgesprochen zu sein. Dort heißt es nämlich:

„In Ansehung der nach §§ 1516—19 der elterlichen Nutznießung entzogenen Gegenstände verbleibt dem Inhaber der elterlichen Gewalt Pflicht und Recht der Vermögensverwaltung in derselben Weise, wie in Ansehung des der elterlichen Nutznießung unterliegenden Vermögens. Nur in Ansehung derjenigen Gegenstände, welche das Kind durch den ihm nach Maßgabe des § 67 (heute § 112) gestatteten selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes erwirbt, ist nach Maßgabe des § 67 auch die elterliche Verwaltung ausgeschlossen."

Der Gedanke, den die Motive zum Ausdruck bringen, daß nämlich, weil der Minderjährige im Umfang der §§ 112 und 113 dem Volljährigen gleichgestellt ist, auch der von ihm in dieser Stellung gemachte Erwerb als der eines Volljährigen gelte, also nicht nur der elterlichen Nutznießung, sondern auch der elterlichen Verwaltung entzogen sein soll, ist auch durchaus nicht fernliegend.

Es spricht aber doch manches dagegen, daß dieses die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein soll. Ganz im Gegensatz zu ihnen besagen die Protokolle (Band V S. 573), daß das vom Minderjährigen nach Maßgabe des § 67 Erworbene nur von der elterlichen Nutznießung frei sein soll, nicht aber von der Verwaltung. Denn es war an dieser Stelle der Protokolle der Antrag gestellt, zu bestimmen, daß das vom Kind durch Arbeit oder nach Maßgabe des § 67 Erworbene vom 16. Lebensjahr des Kindes an auch der elterlichen Verwaltung teilweise entzogen sein solle. Allerdings beschäftigen sich die dem Antrag folgenden Erörterungen und die dafür angeführten Gründe nur mit dem Arbeitsverdienst des Kindes im Sinne des § 113. Aber es bleibt doch die Tatsache bestehen, daß im Antrag selbst als ein der elterlichen Verwaltung unterworfener Erwerb auch der nach Maßgabe von § 67 (heute § 112) gemachte bezeichnet ist.

Der Antrag selbst ist dann aber abgelehnt worden, mit der Begründung, daß kein Bedürfnis vorliege, in diese Verhältnisse zu Gunsten der Kinder einzugreifen, zumal ja das Vormundschaftsgericht aus dem Gesichtspunkte eines Mißbrauches der elterlichen Gewalt evtl. einschreiten könnte.

Eine solche Deutung, wie sie die Motive auszusprechen scheinen, läßt aber auch vor allem die Fassung des Gesetzes nicht zu. Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes soll der Minderjährige nur für die in § 112 bezeichneten Rechtsgeschäfte geschäftsfähig sein, d. h. eben nur diese Rechtsgeschäfte kann ein Minderjähriger in derselben Weise vornehmen, wie ein Volljähriger, also mit voller rechtlicher Gültigkeit, ohne daß dem Geschäft die Mängel der Geschäfte Minderjähriger anhaften. Daraus ist aber nicht zu folgern, daß der von dem Minderjährigen in seiner Stellung als Geschäftsfähiger gemachte Erwerb ohne weiteres wie der Erwerb eines Volljährigen zu behandeln sei. Gerade daraus, daß das Gesetz nur bezüglich der elterlichen Nutznießung besondere Bestimmungen trifft, folgt argumento e contrario,

daß bezüglich der elterlichen Verwaltung die allgemeinen Grundsätze gelten sollen.

Grundsätzlich muß also der Satz gelten: Ein Erwerb, den ein Minderjähriger nach Maßgabe der §§ 112, 113 macht, ist als solcher wohl von der Nutznießung, nicht aber von der elterlichen Verwaltung ausgeschlossen.

Hiermit ist aber nur gesagt, daß ein Erwerb der bezeichneten Art nicht deshalb, weil er aus Arbeit oder aus dem Betriebe eines Erwerbsgeschäftes herrührt, auch von der elterlichen Verwaltung frei sein soll. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß solcher Erwerb aus anderem Grunde nicht in die elterliche Verwaltung fällt.

a) innerhalb des § 112 BGB.

Ein solcher Grund ergibt sich in anderer Weise aus der Vorschrift des § 112. Da nach dieser Bestimmung der Minderjährige hinsichtlich eines bestimmten Kreises von Rechtsgeschäften unbeschränkt geschäftsfähig geworden ist, so muß, was der Minderjährige durch den ihm nach § 112 gestatteten selbständigen Betrieb erwirbt, auch insoweit von der Verwaltung ausgeschlossen sein, als die Verfügung über den Erwerb zu den im § 112 bezeichneten Rechtsgeschäften gehört. Zum Ausschluß des elterlichen Verwaltungsrechts genügt es also nicht, daß der Erwerb vom Minderjährigen durch Rechtsgeschäft nach § 112 gemacht ist, sondern es kommt auf die Art an, wie der Minderjährige über den nach § 112 gemachten Erwerb verfügt. Soweit vom Minderjährigen über diesen Erwerb durch Rechtsgeschäfte verfügt wird, für die er nach § 112 geschäfts- und prozeßfähig ist, insoweit muß auch das Verwaltungsrecht weichen, denn insoweit ist der Erwerb der selbständigen Verfügungsmacht des Minderjährigen unterworfen, gleich wie das Vermögen, das ihm vom Vater zu dem gestatteten selbständigen Betriebe überlassen ist. Uebt der Vater trotzdem sein Verwaltungsrecht hinsichtlich dieses Erwerbes aus, so stellt sich das als Eingriff in den durch die Ermächtigung begründeten ausschließlichen Zuständigkeitsbereich des Minderjährigen dar. (Schefold a. a. O. S. 311). Die Verwaltungsmacht der Eltern wird aber gerade durch die Verfügungsmacht des Kindes ausgeschlossen, denn das Verwaltungsrecht beruht auf der elterlichen Gewalt. Kraft der elterlichen Gewalt sind die Eltern befugt, in Sachen des Kindes tätig zu sein; in Vertretung des Kindes handeln sie nicht im eigenen Namen. Tritt jedoch an die Stelle der beschränkten Geschäftsfähigkeit die unbeschränkte, so kann von einer Betätigung der — nur über Minderjährige — bestehenden elterlichen Gewalt nicht mehr die Rede sein. Die Eltern können nicht mehr verfügen und prozessieren, soweit gemäß § 112 die Kinder dazu berechtigt sind.

Soweit der Minderjährige demnach über seinen Erwerb im Rahmen des § 112 verfügt, muß dieser Erwerb, weil er der Verfügungsmacht des Minderjährigen unterworfen ist, der elterlichen Verwaltung entzogen sein. Wenn daher der Minderjährige in dem Betriebe Geld erwirbt und dieses zum Ankauf von Waren oder Handwerks-

zeug verwendet, oder wenn er das erworbene Geld als Betriebskapital verwertet, liegt überall ein Erwerb vor, der nicht der elterlichen Gewalt unterworfen ist. Soweit der Minderjährige aber über den Erwerb verfügt zu Zwecken, die nicht in den Rahmen des § 112 fallen und insoweit den Erwerb aus dem Geschäftsbetriebe herauszieht, greift auch das elterliche Verwaltungsrecht wieder ein. Wenn der Minderjährige sich z. B. ein Privatauto zulegt oder ein Wochenendhaus erbauen läßt, so steht der Annahme nichts entgegen, daß diese Gegenstände wiederum von der elterlichen Gewalt ergriffen werden. Hier hat sich der Minderjährige auf ein Gebiet begeben, das völlig aus dem Rahmen des ihm gestatteten Betriebes herausfällt, für das er nicht mehr geschäftsfähig ist. Außerhalb des Rahmens des § 112 fällt aber seine bevorrechtigte Stellung wieder fort. Die Vorschrift des § 112 soll dem Minderjährigen eben nur soviel Selbständigkeit geben, als nötig ist, damit er im Geschäftsverkehr mit Dritten wie ein Volljähriger auftreten kann; sie will ihn aber nicht von der Aufsicht des gesetzlichen Vertreters befreien, soweit er Kreise betritt, für die ihm eine Sonderstellung vor seinen Altersgenossen nicht eingeräumt ist. (So auch die herrschende Ansicht: Enneccerus Band II § 80 I, 2; Planck § 1638; Warneyer § 1638, Anm. 1; Staudinger Anm. 8; Arch. f. ziv. Praxis Band 94 S. 305; Jahrbuch für Entsch. des Kammergerichts Band 37 A S. 39).

b) innerhalb des § 113 BGB.

Bei dem Verdienst des Minderjährigen aus einem Arbeits- oder Dienstverhältnis im Sinne des § 113 ist zu beachten, daß das Kind für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig ist, die die Eingehung oder Aufhebung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses betreffen. Die Geschäftsfähigkeit erstreckt sich demnach nur auf derartige Geschäfte und auf Erfüllung der sich hieraus ergebenden Vertragspflichten. So kann er den Lohn einziehen, stunden oder in jeder anderen Art über seinen Lohnanspruch verfügen; die Lohnforderung untersteht ausschließlich seinem Verfügungsrecht. Soweit der Minderjährige aber über den verdienten und ihm ausgezahlten Lohn verfügt, handelt es sich hierbei nicht mehr um die Erfüllung der aus dem Dienstverhältnisse sich ergebenden Vertragspflichten. Da insoweit eine volle Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen nicht mehr besteht, bleibt das väterliche Verwaltungsrecht bestehen. Das Gleiche gilt von jedem Erwerb, den der Minderjährige aus dem Arbeitsverhältnisse zieht, z. B. gelegentliche Zuwendungen wie Trinkgeld usw. Eine Verfügung über den Erwerb durch den Minderjährigen ist nur in den Grenzen der §§ 107 ff. möglich (Zustimmung des gesetzlichen Vertreters). Auf Grund seines Verwaltungsrechts kann der väterliche Gewalthaber sich daher in den Besitz des Geldes setzen. Tut er das, dann muß er das Geld nutzbringend anwenden, d. h. nach den für die Anlegung von Mündelgeld geltenden Vorschriften insoweit verzinslich anlegen, als er nicht das Geld nach den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Verwaltung für Ausgaben, die

er in der nächsten Zeit zu bestreiten hat (Kost, Kleidung, Wohnung, usw.) bereithalten muß. Der Vater darf die Gelder aber weder bei sich in seinem eigenen Geschäft anlegen, noch für sich verbrauchen. Hat dagegen der Vater die Ermächtigung erteilt und überläßt er dem Minderjährigen ohne Beschränkung den Lohn, so wird man darin grundsätzlich eine stillschweigende Ueberweisung des Lohnes zur freien Verfügung im Sinne des § 110 erblicken können, sodaß der Minderjährige nach freiem Ermessen darüber verfügen kann. Ein gegensätzlicher Wille des Vaters müßte daher ausdrücklich erklärt werden. (Planck § 113 Anm. 2e; Oertmann Anm. 5b; RGRK. § 110 Anm. 3). Ein solches Verhalten des elterlichen Gewalthabers wird man aber dann ohne weiteres annehmen müssen, wenn der Minderjährige außerhalb des elterlichen Wohnsitzes in Arbeit oder Diensten steht, und der Vater ihm den gesamten Lohn überläßt, damit er selbst für seine Bedürfnisse sorgt. Die von dem Minderjährigen in dieser Richtung abgeschlossenen Verträge sind ohne weiteres wirksam. Auch gehört ihm das, was er mit den ihm zu dem bezeichneten Zweck überlassenen Mittel erworben hat als freies Vermögen, falls er hierbei nicht die erkennbare Grenze der ihm von dem gesetzlichen Vertreter gewährten Freiheit überschritten hat. (RG. Band 74 S. 235).

Schlußbetrachtungen.

Damit sind wir zum Abschluß unserer Untersuchungen gelangt. Aus ihnen ergibt sich, daß bei einer dem allgemeinen Rechtsempfinden entsprechenden Auslegung des Gesetzes die Kritik, die vielfach an der Stellung der erwerbstätigen Ehefrau geübt ist, nicht berechtigt ist. Die Rechtsprechung wie die herrschende Ansicht haben es sich selbst zuzuschreiben, wenn man sie in ihrer Behandlung der Stellung der Erwerbsfrau stark angreift. Beide halten sich zu kraß an den Buchstaben des Gesetzes, dringen zu wenig in das Gesetz selbst ein, und kommen so zu einem Ergebnis, das dem Bestreben des Gesetzgebers nach einer freieren Stellung der Frau im Erwerbsleben geradezu entgegensteht. Ein solcher Vorwurf kann der hier vertretenen Ansicht nicht gemacht werden. Es muß aber darauf hingewiesen werden, daß auch bei dieser Ansicht die freie und unabhängige Stellung der Frau nicht voll und ganz gewährleistet ist. Ob die Frau diese Stellung genießt, hängt letzten Endes wieder von ihrem Ehemanne ab. Soweit die Ehefrau mit Vorbehaltsgut ein Geschäft betreibt oder ein Geschäft mit in die Ehe bringt, ist ein Einfluß des Mannes für immer vollkommen ausgeschlossen. In diesen beiden Fällen kann also die unabhängige Stellung der Frau in keiner Weise durch den Ehemann angetastet werden. Beginnt die Frau dagegen das Erwerbsgeschäft erst während der Ehe unter Verwendung von eingebrachtem Gut, dann ruht zwar das Verwaltungsrecht des Mannes, soweit er nach § 1405 zugestimmt hat. Der Mann hat es aber in der Hand, das Ruhen seiner Rechte aufzuheben und diese wieder aufleben zu lassen. Das Gesetz gibt ihm nämlich die Möglichkeit, seine Zustimmung jederzeit zu widerrufen. Mit diesem Wi-

derruf treten ohne weiteres die ehemännlichen Rechte an dem Vermögen seiner Frau wieder in Kraft. Nach den augenblicklich geltenden gesetzlichen Bestimmungen ist die Frau gegen ein solches Verhalten ihres Mannes machtlos und ist hierbei ganz seiner Willkür ausgeliefert. In ihrem Interesse wie im Interesse der Allgemeinheit, die nicht plötzlich vor die Tatsache gestellt werden darf, daß das Eingebrachte auf einmal nicht mehr für die Verbindlichkeiten der Frau haftet, wäre zu wünschen, daß der Gesetzgeber diese Lücke im Gesetz dadurch ausfüllte, daß er den Widerruf der Zustimmung von der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes abhängig machte, oder zum mindesten der Frau ein Recht einräumte, in besonderen Fällen, in denen sich der Widerruf des Mannes als Mißbrauch seiner Rechte darstellt, das Vormundschaftsgericht anzurufen. Solange eine solche Regelung durch das Gesetz noch nicht getroffen ist, kann den Ehefrauen nur der Rat gegeben werden, bei Beginn eines Geschäftsbetriebes sich ausdrücklich die Zustimmung ihres Mannes zur Verwendung der eingebrachten Sachen in diesem Geschäft geben zu lassen.

Ein weiterer Mangel im Gesetze ist noch der, daß der Mann ohne jeden Grund einem Beginn des Erwerbsgeschäftes durch seine Frau widersprechen kann. Beginnt die Frau trotzdem ein Geschäft, wozu sie berechtigt ist, dann ist sie hinsichtlich ihres Geschäftsbetriebes allen Schranken unterworfen, die der gesetzliche Güterstand grundsätzlich jeder Frau auferlegt. (Mangel der Verfügungsmacht, keine Möglichkeit der Verpflichtung des Eingebrachten). In diesen Fällen wird der Ehemann naturgemäß bestrebt sein, von den ihm eingeräumten Rechten ausgiebig Gebrauch zu machen und somit den Betrieb vollkommen lahmzulegen. Auch in diesem Falle der grundlosen Verweigerung muß sowohl im Interesse der Ehefrau wie im Interesse des Verkehrs verlangt werden, daß das Vormundschaftsgericht auf Antrag eine grundlos verweigerte Zustimmung ersetzen kann.

Was die durch das Gesetz geregelte Stellung der erwerbstätigen Minderjährigen betrifft, so kann man diese Regelung durchaus gutheißen. Wenn von verschiedenen Seiten angestrebt wird, auch diesen Minderjährigen, ähnlich wie der Ehefrau, eine noch unabhängigere Stellung zu verschaffen, so muß immer wieder darauf hingewiesen werden, daß bei ihnen im Gegensatz zu der Ehefrau, die in keiner Weise in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, gerade dem Umstand Rechnung getragen werden muß, daß sie von der Rechtsordnung noch nicht als voll geschäftsfähig angesehen werden. Das Gesetz ist den erwerbstätigen Minderjährigen schon sehr entgegengekommen, indem es die Beschränkungen, denen Minderjährige grundsätzlich unterliegen, in Ansehung eines Geschäftsbetriebes oder Arbeitsverhältnisses aufhob. Außerhalb dieses Geschäftsbetriebes aber jede Beschränkungen aufzuheben, wäre eine ungerechtfertigte Bevorzugung gegenüber den anderen Minderjährigen. Soweit der Minderjährige außerhalb seiner Erwerbsbeschäftigung tätig wird, muß er sich ebenso behandeln lassen, wie alle anderen seiner Altersgenossen, unterliegt

also den Beschränkungen der §§ 107 ff. Den Minderjährigen des § 113 kann durch die Vorschrift des § 110 sehr entgegengekommen werden. Ein Vater, der sieht, daß sein Kind mit dem verdienten Erwerbe vernünftig umzugehen versteht, wird auch unbedenklich von der Bestimmung des § 110 im weitesten Maße Gebrauch machen. Sollten die bestehenbleibenden Beschränkungen sich aber hemmend und störend auf den Geschäftsbetrieb auswirken, besteht immer die Möglichkeit, den betreffenden Minderjährigen durch die Volljährigkeitserklärung den letzten Rest der Schranken zu nehmen und sie in die Reihe der Volljährigen zu stellen. Darüber hinaus aber auch solchen Minderjährigen diese freie Stellung zukommen zu lassen, die noch nicht das 18. Lebensjahr vollendet haben, besteht keine Veranlassung. Der Lebenskampf stellt heute erheblich höhere Ansprüche an den Einzelnen. Das heutige Leben braucht gereifte Menschen, die in dem Lebenskampf ihren Mann stehen können. Diese Gewähr bieten aber nicht die noch in der Entwicklung stehenden Jugendlichen. Es liegt in deren eigenem Interesse, daß sie nicht gänzlich der Aufsicht des elterlichen Gewalthabers entzogen werden.

Lebenslauf.

Der Verfasser der vorstehenden Dissertation wurde am 2. 2. 1904 als Sohn des Pfarrers Wilhelm Nottebom und seiner Frau Lisette geb. Witthöft in Warstein (Westf.) geboren. Nach dem im Jahre 1906 erfolgten Tode des Vaters siedelte er nach Bad Sassendorf (Westf.) über, wo er von Ostern 1910 bis Ostern 1913 die Dorfschule besuchte. Dann verzog er nach Elbing (Ostpr.) und besuchte dort das humanistische Gymnasium, das er Ostern 1924 nach bestandener Reifeprüfung verließ. Zunächst wandte er sich dem Bankfach zu. Nach Ablauf der Lehrzeit widmete er sich dem Studium der Rechtswissenschaften. Mit Ausnahme des Sommersemesters 1927, das er in Münster i. W. verbrachte, oblag er seinem Studium ausschließlich in Halle a. S. Während seines Studiums in Halle a. S. hörte er Vorlesungen bezw. nahm er an Uebungen teil bei den Professoren Dr. Boehmer (bürgerl. Recht, Rechtsphilosophie, römische Rechtsgeschichte, Uebungen in bürgerl. Recht), Dr. Bilfinger (Steuerrecht, Staatslehre, Uebungen im Staatsrecht), Dr. Fleischmann (Staats- und Verwaltungsrecht, Kirchenrecht, Völkerrecht, Uebungen im Staats- und Verwaltungsrecht), Dr. Hein (Zivilprozeßrecht. Urheberrecht, Uebungen im Zivilprozeß), Dr. Jahn (Uebungen in Volkswirtschaftslehre), Dr. Joerges (Arbeitsrecht, bürgerl. Recht). Dr. Kisch (Handelsrecht, Wechselrecht, Deutsches Privatrecht, Bergrecht), Dr. Kitzinger (Strafrecht, Strafprozeßrecht, Uebungen im Strafrecht), Dr. Langheineken (Strafrecht, Zivilprozeßrecht, Uebungen im Zivilprozeßrecht), Dr. Ruth (bürgerl. Recht, Genossenschaftsrecht, deutsche Rechtsgeschichte, Rechtsentwicklung in Preußen. Uebungen im Handelsrecht), Dr. Schmidt (röm. Zivilprozeß, internationales Privatrecht, Uebungen im bürgerl. Recht), Dr. Wolff (Volkswirtschaftslehre, Finanzwissenschaft).

Am 9. 6. 1931 bestand Verfasser die erste juristische Staatsprüfung vor dem Prüfungsamt beim Oberlandesgericht in Naumburg a. S. Seit dieser Zeit ist er als Referendar im Vorbereitungsdienst tätig.

Das Thema der vorstehenden Dissertation ist angeregt worden von Herrn Prof. Dr. Boehmer, der auch an der weiteren Bearbeitung regen Anteil genommen hat, und dem der Verfasser an dieser Stelle nochmals für die wertvolle Förderung seiner Arbeit seinen Dank ausspricht.